

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

I. PARTE GENERAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

VENTA A PLAZOS DE UN CAMION CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO INSCRITO EN EL REGISTRO. PRESUNCION DE QUE LO QUE APAREZCA EN EL REGISTRO EXISTE. LA ALEGACION DE HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DE DURACION DEL CONTRATO Y PROCEDER LA CANCELACION DE OFICIO DEL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO INSCRITO ES CUESTION NUEVA EN ESTE RECURSO. EL VENDEDOR QUE EJERCITA LA TERCERIA DE DOMINIO NO NECESITA DEMANDAR A LA COMPRADORA (LITISCONSORCIO PASIVO) (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—La entidad «El Motor Nacional, S. A.», interpone demanda contra el Tribunal de Cuentas del Reino (Sección Octava), representado por el Abogado del Estado, y contra don Rafael García Rodiño, esposo de la compradora del camión, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Que doña Josefa Rubio Ruiz, debidamente autorizada por su esposo, don Rafael García Rodiño, adquirió el 26 de marzo de 1969 a «El Motor Nacional, S. A.», un camión marca «Barreiros», conforme a la vigente Ley de Ventas a Plazos, es decir, se hizo en operación aplazada a treinta y seis meses, reflejándose en el modelo oficial con pacto de reserva de dominio a favor de la Sociedad vendedora hasta tanto se abonara el importe total del precio del camión e inscribiéndose en el Registro Mercantil. En el desarrollo de la operación se produjeron devoluciones de letras, y cuando estaba todavía sin pagar la total cantidad, como consecuencia del juicio de la cuenta de gastos públicos del Ministerio del Ejército, correspondiente al mes de julio de 1963, que por la Sección Octava del Tribunal de Cuentas del Reino se sigue a otros y a don Rafael García Rodiño, se embargó, entre otros bienes, como propiedad del mismo, el camión «Barreiros» que doña Josefa Rubio había adquirido a la entidad demandante. Suplica se dicte sentencia en la que se declarase que el camión es propiedad de «El Motor Nacional, S. A.», en pleno dominio hasta tanto se termine de

abonar el total importe del precio del mismo, mandando alzar y dejar sin efecto el embargo.

de la Ley Hipotecaria, por cuanto desde que adquirió la finca, el 15 de julio de 1971, hasta que instó la conciliación, 12 de marzo de 1973, transcurrió con exceso el plazo del año, no siendo suficiente el requerimiento notarial de 25 de febrero de 1972 ni la acción de desahucio por precario. Formulan reconvención suplicando se declare que los demandados tienen adquirido el dominio de las casetas por prescripción, así como la nulidad de la escritura de adquisición en cuanto les pueda perjudicar en su dominio, ordenando la inscripción en el Registro de la Propiedad, previa cancelación del asiento correspondiente de la actora, y condenando a otorgar la oportuna escritura.

El Juez de Primera Instancia de Ibiza desestimó la demanda y estimó la reconvención, declarando la nulidad de la escritura de la actora en cuanto pueda perjudicar el dominio de los demandados, ordenando su inscripción en el Registro, previa cancelación del asiento correspondiente, y condenando a la actora a otorgar la oportuna escritura de rectificación.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca confirma la sentencia del Juzgado en lo fundamental, revocándola en algunos detalles, como en lo relativo a la escritura de rectificación, que la Audiencia silencia, ordenando directamente las inscripciones de las casetas como fincas independientes y la cancelación parcial de la inscripción de la actora, en cuanto a la descripción, para que no queden incluidas las casetas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la entidad actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, al igual que la dictada en el primer grado de la instancia, cuyos fundamentos son aceptados plenamente por aquélla, sienta la afirmación de que si bien no está probado que la sociedad actora tuviera 'conocimiento previo', al tiempo de adquirir la finca litigiosa, de haberse consumado la 'prescripción adquisitiva' que a su favor aducen los demandados sobre ella, sí es indudable que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que las 'casetas' objeto de la litis estaban poseídas de hecho, a título de dueños, por los demandados, personas distintas de los transferentes, de cuya afirmación, obtenida por la apreciación conjunta de la prueba practicada, obtiene el Tribunal *a quo* la conclusión de estimación de la reconvención en lo que respecta a dicho extremo, por aplicación del requisito que especifica el apartado a) del artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, originándose de ello la formalización del presente recurso, cuyo único motivo ampara el recurrente en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, y en el que denuncia la 'interpretación errónea' de aquel precepto hipotecario.»

«Considerando que no obstante no haberse especificado en el motivo referido cuál de los casos comprendidos en dicho precepto estima el recurrente como infringido, es lo cierto que dicho motivo está pretendiendo, por una parte, desvirtuar aquellas manifestaciones de 'puro hecho' contenidas en la resolución recurrida, y de las que la Sala sentenciadora derivó la conclusión que anteriormente se especifica, mediante apreciaciones unilaterales interesadas por el propio recurrente, circunstancia ésta que al no estar encauzada por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal ya citada, no es admisible en la técnica del recurso de casación, y, por otro lado, porque ese razonamiento, que se utiliza por dicho litigante en el sentido de su 'protección legal' como tercero registral de 'buena fe', que dice haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos posibles dispuestos en la Ley Hipotecaria, no tiene aplicación en el caso del presente recurso, ya que la sentencia recurrida niega haya observado precisamente el regulado en el apartado a) del artículo 36 del texto hipotecario, y es lo cierto que ya la regla general contenida en el citado

artículo proclama que la propiedad inmatriculada en nuestro Registro, no por serlo deja de ser apta para la usucapión, contraria al titular registral, y así se desprende del párrafo tercero del mencionado artículo 36, si bien ella está limitada o condicionada a la exigencia de los requisitos que se contienen en los apartados *a)* y *b)* del párrafo segundo del mismo, en el modo y forma que acertadamente expone el Tribunal *a quo* en su resolución impugnada, sin que ello pueda quedar desvirtuado por esa serie de apreciaciones que respecto a 'inhabitabilidad de las casetas litigiosas', 'contenido e interpretación de las certificaciones extendidas por el Ayuntamiento de San José', 'comparecencias y citaciones efectuadas en el trámite procesal', 'actividades a que se dedican los demandados', 'tiempo de ocupación por parte de los usucapientes en las edificaciones mencionadas', 'apreciación del resultado de las confesiones de los demandados' y otras, todas ellas contenidas en el motivo que se estudia, como apreciadas por el recurrente de modo interesado, y que no pueden tener eficacia al amparo del número primero del artículo 1.692, por lo que ha de declinar aquél, tanto más cuanto que la apreciación de todos aquellos hechos derivados de la negligencia del adquirente, que aquí se ventila, han de quedar al libre arbitrio del juzgador cuando, como ahora, se han tenido en cuenta por éste las circunstancias del hecho concreto que es objeto de la litis.»

COMENTARIO.—La frase «medios racionales y motivos suficientes para conocer», utilizada por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria al tratar de resolver la pugna entre titular registral y usucapiente por una vía media, no puede ser más desacertada.

Decimos esto porque parece una puerta abierta para que venza siempre el usucapiente, ante lo impreciso del requisito exigido al titular registral y ante cierta simpatía que en algunos ambientes, desconocedores de la eficacia de la institución registral, se tiene por el mero poseedor que por una u otra causa no se acoge a la protección del Registro. Lo cual puede producir a la larga, como apunta el recurrente, una brecha en los principios de la Ley Hipotecaria, pudiendo quedar inoperante la defensa en favor de quien, siguiendo las reglas del juego, se acoge a la misma.

Pues bien, en el presente caso, el juzgador de instancia entendió que el titular registral, aunque adquirió de buena fe, tuvo esos medios racionales y motivos suficientes, de que habla el artículo 36, para conocer al tiempo de la adquisición que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por los que utilizaban unas casetas o barracas en la finca desde tiempo inmemorial.

Y el Tribunal Supremo desestima el recurso, sin pronunciarse en concreto sobre la interpretación de tal precepto legal, limitándose a sentar como doctrina estas dos declaraciones:

1.ª La apreciación de la negligencia del titular registral respecto a que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión de hecho a título de dueño queda al libre arbitrio del juzgador.

2.ª No cabe desvirtuar en casación tal apreciación por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea, por interpretación errónea del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, pues si lo que se combate es la apreciación de los hechos, se ha de utilizar la vía del número 7.º del error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

Estas dos declaraciones del Tribunal Supremo las consideramos acertadas en el presente caso, pues el recurso interpuesto mezclaba de alguna manera el aspecto jurídico de la interpretación del artículo 36 y el aspecto fáctico de la apreciación de los hechos, y siendo en nuestro sistema el recurso de casación de carácter extraordinario, tiene importancia la falta de precisión en la vía o cauce procesal utilizado.

Pero consideramos de interés hacer algunas puntualizaciones sobre tales

declaraciones, pues creemos han de entenderse con ciertas limitaciones, que la presente sentencia no ha tenido ocasión de examinar en este caso.

Nos parece que existen ciertos límites respecto al arbitrio judicial, que permiten hacerlo censurable en casación y no siempre de modo exclusivo por la vía del número 7.º del artículo 1.692, sino incluso en algún caso por la vía del número 1.º

He aquí tales límites:

1.º En la duda, que ha de ser frecuente en esta cuestión, no puede presumirse que el titular registral tuvo tales medios racionales y motivos suficientes de conocimiento, sino que hay que presumir todo lo contrario: que no tuvo ni medios ni motivos suficientes para conocer la posesión de hecho a título de dueño. No sólo porque la buena fe se presume siempre, sino porque el propio artículo 36 exige que *se demuestre* que hubo medios y motivos de dicho conocimiento. Esto es un importante condicionante del arbitrio judicial que ha de tenerse muy presente, pues, como decimos, puede llegar a ser difícil una demostración de ese tipo.

En el sentido indicado, se pronuncian bastantes autores. Así, ROCA SASTRE dice que «el conocimiento efectivo o posible de la posesión ajena en concepto de dueño, referido al tercer adquirente del titular registral, debe *demonstrarse* cumplidamente, pues así lo exige el artículo 36; de modo que dicho tercero tiene aquí a su favor una presunción *iuris tantum* de que tal conocimiento no existe» (1). ALBALADEJO señala que «tanto que lo supiese (lo de la posesión ajena a título de dueño) como que hubiese debido saberlo son extremos que no se presumen, sino que deben ser probados (cfr., art. 36, 2.º, principio: «... se demuestre...»)» (2). También es interesante lo que dicen LACRUZ-SANCHO: «La atribución del *deber de conocer* debe hacerse con criterio restrictivo. La expresión «tener medios racionales y motivos suficientes», en el artículo 36, no impone al tercero un deber estricto de inspeccionar el inmueble ni menos de emplear medios extraordinarios para cerciorarse de su situación posesoria, y bastará observar, si no hay sospechas de una situación anormal, una conducta que pueda ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio. Lo contrario sería una rémora para el tráfico» (3).

Sin embargo, las opiniones de SANZ FERNÁNDEZ y de BÉRGAMO pueden inducir a una interpretación errónea del precepto legal. SANZ dice que «siempre habrá tenido el adquirente motivos suficientes para conocer la situación posesoria» y que ello «priva de todo valor a las complicadas normas del artículo 36, sin que, por tanto, se pueda considerar como un defecto de este precepto, sino como consecuencia de la poderosa fuerza de la usucapión y de la imposibilidad de proteger contra ella al adquirente de la finca» (4). Y BÉRGAMO (5) presupone un conocimiento «presunto» por parte del adquirente de la situación posesoria de la finca. La interpretación de estos autores nos parece peligrosa y no resiste a la más ligera crítica. ROCA SASTRE se ha encargado ya de refutar tales opiniones, que se oponen de una manera clara al texto legal y que, como indica dicho autor, «de lo contrario, el artículo 36 sería en este punto una perfecta burla para el tercer adquirente. Por ello hay que estimar que la intención del legislador fue otra», y más adelante, que «los claros términos del artículo 36 no dan lugar a dudas» (sobre la existencia de una presunción de desconocimiento, en lugar de presumirse el conocimiento) (6).

En el presente caso, el recurrente apunta esta presunción, al decir que no se ha probado su negligencia y que se presume a su favor la buena fe.

(1) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo II, pág. 34.

(2) *Derecho Civil*, III: *Derecho de bienes*, vol. 1.º, pág. 164, nota 93.

(3) *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 226, nota 6.

(4) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 552.

(5) Citado por ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 33.

(6) *Ob. y tomo cit.*, pág. 5.

Pero como no acompañó estas alegaciones con la demostración de que la apreciación de los hechos por el juzgador no fue adecuada, y no utilizó la vía del número 7.º del artículo 1.692, el Tribunal Supremo no estimó el recurso. Sin embargo, queremos recalcar que si la Sala de Instancia de una forma clara hubiera partido de una presunción contraria al titular registral y de que «siempre hay motivos suficientes para conocer la posesión», entonces hubiera habido base para censurar en casación tal interpretación y por la vía del número 1.º del artículo 1.692, pues se trataría de un error de interpretación del precepto legal, que alude claramente a la necesidad de «demostración». Pero no consta que el Tribunal de Instancia procediese de esa manera tan simplista, al estilo de SANZ y BÉRGAMO.

2.º Otro límite o condicionante que ha de tener en cuenta el arbitrio judicial es que el conocimiento del adquirente ha de referirse no sólo al «estado de hecho» de la posesión ajena, sino a que ésta lo es «a título de dueño», como exige el propio artículo 36, lo cual, como dice VILLARES PICO, es difícil saberlo. Por tanto, es inadmisibile la tesis de BÉRGAMO, según el cual, el artículo 36 se refiere aquí al conocimiento de un simple «estado de hecho», pues, como dice ROCA SASTRE, la posesión «en concepto de dueño» es algo más que una vulgar situación de hecho, añadiendo que es una circunstancia «de información compleja e implica enjundia jurídica, ya que una persona puede mantener contacto posesorio con una cosa no sólo a título de dueño, sino de titular de un derecho real de usufructo, uso, habitación, enfiteusis o superficie, e incluso de mediador posesorio o de simple detentador, o sea, como administrador, arrendatario, precarista, etc.» (7). Precisamente en el presente recurso, el recurrente recoge estas mismas frases de ROCA SASTRE en apoyo de la tesis de que se trata del conocimiento de contenido meramente intelectual y no de cuestiones de hecho, pero nuevamente tropieza con el obstáculo de la vía utilizada, que en este caso debía ser, según el Supremo, la vía del número 7.º, dado que lo que tenía que atacarse era la apreciación de los hechos realizados por el Tribunal de Instancia. Ahora bien, nosotros entendemos que si el juzgador de Instancia hubiese interpretado el artículo 36 en el sentido de que basta un conocimiento del estado de hecho de la posesión, sin exigir demostración al poseedor de que el titular registral debió conocer que poseía a título de dueño, habría base para recurrir por violación del artículo 36, al haber sido interpretado erróneamente. Pero no consta que hubiese procedido así.

En definitiva, arbitrio judicial en este punto, sí; pero el Tribunal Supremo viene a reconocer que cabe la censura en casación de ese arbitrio judicial. Y aunque exige que la vía del recurso sea la del número 7.º, no queda excluida, en general, la del número 1.º (interpretación errónea), sino que como en el presente caso el Tribunal de Instancia había deducido su criterio de una serie de hechos, exigía que se plantease también la cuestión de los hechos. Pero, como hemos dicho, bien podría suceder en otros supuestos que el Tribunal de Instancia pretendiese seguir la interpretación de SANZ y BÉRGAMO, frente a la de ROCA SASTRE, ALBALADEJO y LACRUZ-SANCHO, antes examinadas, en cuyo caso cabría la censura en casación por la vía del número 1.º, en nuestra opinión.

Por último, si el Tribunal Supremo llega a admitir la censura en casación de la apreciación libremente realizada por el Tribunal de Instancia de si existieron o no medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión ajena a título de dueño, nos parece conveniente que el juzgador funde sus deducciones señalando expresamente los criterios que le han servido a tal efecto, pues en otro caso se producirá indefensión para el interesado perjudicado, al no poder concretar su postura frente a tal apreciación imprecisa y generalizada del juzgador. Creemos que para

(7) Ob. y tomo cit., pág. 31.

evitar esta indefensión, el Tribunal Supremo deberá tener en cuenta la forma de fundar sus deducciones el juzgador, pues si éste no concretó demasiado su razonamiento deducido, sería conveniente no ser tan rígido con el recurrente, respecto a la vía o cauce procesal del recurso, en tales casos, en que, como decimos, el juzgador no se mostró muy explícito y concreto en sus deducciones. Dicho sea con carácter general, pues no nos consta que fuere éste el caso de la presente sentencia.

TERCERIA DE MEJOR DERECHO: INCUMBE AL TERCERISTA (EN ESTE CASO, LA HACIENDA PUBLICA) ACREDITAR LA REALIDAD LEGAL DE CADA UNO DE LOS IMPUESTOS QUE SE DICEN EN DESCUBIERTO APORTANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES PRECISOS PARA JUSTIFICAR LA PREFERENCIA, CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, formula demanda contra el Banco Español de Crédito, dimanante de autos ejecutivos seguidos por este último contra la Sociedad «La Valenciana, S. A.», autos de tercería de mejor derecho seguidos también contra esta última Sociedad, estableciendo que dicha Sociedad era deudora de la Hacienda Pública de diferentes débitos fiscales, siendo preferente el derecho de la Hacienda al cobro de los mismos en relación con el crédito del aludido Banco ejecutante; se veía en la necesidad de promover, como incidencia del procedimiento que se tramitaba, tercería de mejor derecho para obtener la satisfacción de los débitos con cargo a los bienes trabados y con preferencia al derecho del Banco ejecutante, planteándose la tercería en un estado procesal adecuado dado que todavía no se había realizado el pago al acreedor ejecutante.

El Banco Español de Crédito contesta a la demanda oponiéndose y señalando que el crédito del Banco se fundaba en una póliza de crédito suscrita con intervención de Agente de Cambio y Bolsa, en base a la cual se promovió juicio ejecutivo con sentencia de remate y siendo anotado el embargo a su favor en el Registro, y que no constaba anotación de embargo a favor de la Hacienda en ese momento ni tampoco cuando se expidió la certificación de cargas para proceder a la subasta de los inmuebles embargados, habiéndose ya producido el remate de dos fincas. El Banco alega también que «de prosperar la pretensión del Fisco, se lesionarían gravemente todos los principios en que se inspira nuestro sistema hipotecario y tendría el Banco que soportar, además, un perjuicio muy importante que no podía silenciar, o sea, el que les ocasionaría haber interpuesto la Hacienda la tercería en el último momento, cuando ya estaban rematados los bienes embargados», y que «si el tercerista poseía preferente derecho a cobrar y hubiese planteado antes su demanda, al Banco le habría cabido la posibilidad de defender el valor de los bienes embargados interviniendo en la subasta para conseguir que el remate se hubiese efectuado en mejores condiciones, ya que de ello dependía el cobro de su crédito», produciéndose, por tanto, «indefensión al Banco» si prosperase la tercería de la Hacienda.

El Juez de Primera Instancia número 8 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda de tercería, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, basándose en que la Hacienda Pública no ha aportado los datos y circunstancias precisas en período probatorio para determinar si el crédito de la Hacienda Pública existe y es de la cuantía que se expresa en la demanda, no

siendo suficientes los documentos aportados, en que faltan fechas de liquidaciones y de documentos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos segundo, tercero y cuarto:

«Considerando que contra esta sentencia desestimatoria alza la parte recurrente su recurso, en cuyo primer motivo, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia un supuesto error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código civil; toda la tesis impugnativa de este motivo se basa en sostener que la sentencia recurrida desconoce el valor probatorio de la certificación expedida por la Recaudación de Contribuciones obrante en autos, la cual, según la parte recurrente, determina detalladamente los descubiertos fiscales, cuyo cobro se pretende realizar con cargo a la suma de dinero obtenida en la subasta, sobre cuya suma se alega un preferente derecho.»

«Considerando que al razonar así la parte recurrente, olvida que la sentencia recurrida no sólo no desconoce la realidad de los diferentes datos que la certificación invocada proporciona, sino que le otorga a ellos la limitada eficacia probatoria que le confiere el artículo 1.218 alegado; pero, en cambio, lo que no hace dicha sentencia es conceder fuerza acreditativa alguna a otros datos que no figuran en la certificación y que da como supuestos—pero no probados—, a pesar de que a la representación del Estado le incumbía la carga procesal de justificarlos, conforme al principio general de que el actor debe demostrar la realidad de los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama.»

«Considerando que al no poder prosperar el primer motivo del recurso, ya se hace innecesario el examen y decisión de los demás, porque fuese cual fuese el resultado que ellos ofrecieran, no podrían alterar el fallo desestimatorio de la demanda, que se apoya precisamente en la no aportación por la parte actora de los elementos esenciales acreditativos de la realidad y exigencia legal de cada una de las imposiciones que se dicen en descubierto, precisos para justificar la preferencia que se invoca, sin que esté por demás hacer constar que la sentencia recurrida tampoco niega el derecho que a la Hacienda Pública le otorgan las disposiciones legales, citadas en los aludidos motivos del recurso, para cobrar sus créditos por descubiertos impositivos con preferencia a otros acreedores del deudor ejecutado, sino que lo único que hace dicha sentencia es exigirla que proporcione la necesaria justificación para acreditar dicha preferencia.»

EL MARIDO NO ES ACTUALMENTE REPRESENTANTE LEGAL EN JUICIO DE SU MUJER DEMANDADA, POR LO QUE NO CABE ADMITIR EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR AQUEL EN FECHA POSTERIOR A LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y SIN CONSTAR EL PODER DE SU ESPOSA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—El Procurador don Francisco Lloret Mayor, en representación de doña Josefa Soler Antón, formula demanda contra doña Rosario Orts Farach, asistida de su esposo, don Andrés Lloret Climent, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que la parcela sita en Benidorm, objeto de litigio, es propiedad de la actora, condenando a la demandada a que devuelva la posesión de dicha parcela y se ordene la rectificación

del asiento registral existente a nombre de la misma en cuanto a los linderos sur y oeste, pues con los que constan en el Registro se comprende la parcela propiedad de la actora y eran consecuencia de una modificación unilateral que realizó la demandada con motivo de una operación de agrupación de fincas.

La parte demandada contesta oponiéndose y suplicando se declarase no haber lugar a la demanda, y para el improbable caso de dar lugar a la misma, se declare que la sentencia que se dicte no puede afectar a don Antonio Lloret Climent (marido de la demandada), por no haber sido citado en este pleito como tal.

El Juez de Primera Instancia de Villajoyosa dictó sentencia el 11 de junio de 1974, en la que, sin entrar en el fondo del asunto y estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de los demandados, doña Rosario Orts Farach asistida de su esposo, absolvió a los mismos de la demanda formulada.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la sentencia del Juzgado estimando la demanda.

El Procurador don Angel Deleito Villa, en representación de los demandados, don Antonio Lloret Climent y doña Rosario Orts Farach, interpone recurso de casación, apoyándose fundamentalmente en la violación de la teoría del litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado como propietario y administrador nato de la sociedad de gananciales en cuanto a una tercera parte indivisa de la finca (adquirida por la esposa por compra) el marido, por ser dicha participación ganancial, aunque los otros dos tercios sean privativos de la esposa por título de donación. Ha de tenerse en cuenta, pues, que lo que alega no es que el marido no haya sido citado a juicio, pues asistió a su esposa en el mismo, sino que no ha sido formalmente demandado como administrador que es de la sociedad de gananciales, según el artículo 1.412 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que en el acto de la vista de este recurso, por la representación de la parte recurrida *in voce* se adujo como cuestión previa la insuficiencia del poder con que comparece, personándose y formalizando el recurso el Procurador don Angel Deleito Villa, a nombre de don Antonio Lloret Climent, casado con la demandada, condenada en la sentencia de Instancia..., interviniendo aquél en su propio derecho, según se hace constar en el mismo documento.»

«Considerando que si bien dicho poder pudo ser suficiente para ser representada en la Instancia la demandada, doña Rosario Orts Farach, esposa de don Antonio Lloret Climent, atendido el carácter de representante legal en juicio del artículo 60 del Código civil vigente en la fecha en que se inició el pleito y se sustanció en ambas instancias, no sucede igual en el momento de formalizarse el recurso de casación (9 de julio de 1975), ya que por Ley 14 de 1975, de 2 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de igual mes, fue derogado y modificado dicho precepto, y así en el artículo 62 del texto reformado del expresado Código se establece que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, y el artículo 63 determina que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera conferido voluntariamente, supuesto este último que no resulta del poder con que se comparece en el presente recurso, en fecha que ya había entrado en vigor la expresada reforma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Texto Articulado del Título Preliminar del Código civil, aprobado con

fuerza de ley por Decreto de 31 de mayo de 1974, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 9 de julio siguiente.»

«Considerando que la insuficiencia del poder, a que queda hecha referencia en el precedente razonamiento, es causa de inadmisión del recurso, como incurso en el número segundo del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Procesal, causa que en el actual momento lo es de desestimación del recurso...»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. LA IDENTIFICACION DE LA FINCA CORRESPONDE APRECIARLA AL TRIBUNAL DE INSTANCIA Y SOLO PUEDE COMBATIRSE EN CASACION POR EL CAUCE DEL ERROR DE HECHO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Administración, Ramo del Ejército, formula demanda contra la Entidad «Inmobiliaria Calderón y Cubero, S. A.», y otros señores más, estableciendo: Que en virtud de autorización concedida por Real Decreto de 26 de mayo de 1920, el Estado, Ramo del Ejército, adquirió directamente, por las escrituras que acompañaba, trece fincas, que fueron inscritas a nombre del Estado en el Registro de la Propiedad de Málaga, teniendo lugar la reinscripción por haberse destruido los libros durante la guerra de liberación, describiéndose como un único solar resultante de las trece descritas; después se produjo una segregación, siguiendo el Estado disfrutando de la quieta y pacífica posesión del resto; que en el año 1971 la posesión fue perturbada por unas obras iniciadas sobre un trozo de terreno de trescientos metros cuadrados aproximadamente, realizadas por la Entidad «Inmobiliaria Calderón y Cubero, S. A.». Suplicaba se dictase sentencia declarando el dominio del Estado sobre la finca, condenando a los demandados a pasar por todas las consecuencias legales de la edificación de mala fe.

La parte demandada se opone negando que la finca sobre la que han edificado sea propiedad del Estado, formulando reconvención contra el Estado—Ramo del Ejército—a fin de que se declarase mediante sentencia la nulidad del título de propiedad que el demandado decía tener sobre un solar de doce mil doscientos trece metros cuadrados, hoy reducido a menor extensión superficial por virtud de segregaciones, así como la cancelación de la inscripción que el referido título hubiese producido en el Registro de la Propiedad y las posteriores que, derivadas de dicho título de inscripción, se hubieran practicado en los Libros del Archivo de dicha Oficina.

El Juez de Primera Instancia número 6 de Málaga dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por el Estado—Ministerio del Ejército—y estimando la reconvención formulada por los demandados.

Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, la Sala de Civil de la Audiencia Territorial de Granada confirmó la sentencia apelada, si bien rectificando el pronunciamiento referente a la pretensión reconvencional, en el sentido de que la nulidad del título del Estado y la cancelación de la inscripción o inscripciones registrales ha de entenderse limitada sólo en cuanto a la extensión y emplazamiento del solar sobre el que los demandados reconvinentes han edificado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declaró no haber lugar al recurso, destacando el último «considerando»:

«Considerando que la sentencia recurrida, en el sexto considerando..., establece como resultado de la apreciación de la prueba, la afirmación de que la finca objeto de la acción reivindicatoria no ha podido ser identificada, identificación que, según constante y reiterada jurisprudencia, corresponde apreciar al Tribunal de Instancia, así como el título de dominio (sentencias de 16 de abril de 1958, 20 de abril de 1950, 22 de febrero de 1954) y las declaraciones que se hagan sobre identidad de la finca sólo pueden combatirse en casación, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; razones por las cuales, al no quedar en este recurso cauce para combatir la declaración del Tribunal de Instancia sobre este requisito axiológico de la acción, es innecesario el estudio de los restantes motivos.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: ES NULA LA DISPOSICION DE LOS ESTATUTOS POR LA QUE SE ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE DIVISION O SEGREGACION DE LOCALES SIN NECESIDAD DE APROBACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. LA ACEPTACION DE LOS ESTATUTOS POR LOS COMPRADORES IMPLICA UN PACTO DE ADHESION. LA NO CONSTRUCCION DE UNA ESCALERA PROYECTADA NO IMPLICA ALTERACION DE LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Don Vittorio Lepori Renault, en su calidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 33 de la calle Ganduxer, de Barcelona, promueve demanda contra «Construcciones Covisa, S. A.», suplicando se dicte sentencia con una serie de pronunciamientos, siendo los más interesantes, por el juego tenido en el juicio, los siguientes: Que se declare nula y sin efecto ni valor alguno la cláusula del Estatuto de Régimen de Propiedad Horizontal de la Comunidad actora, que se refiere a que el departamento número uno, cuya propiedad se reservó la Sociedad demandada, por la que «en cualquier momento, libremente y sin necesidad de autorización alguna de los demás propietarios, podrá ser objeto de división o segregación, en un solo acto o en veces sucesivas», estándose para tal supuesto a lo previsto en la Ley de Propiedad Horizontal; que se condene a la demandada, a su costa y con total indemnidad de la Comunidad actora, a hacer las obras precisas para facilitar acceso directo desde el elemento común destinado a garaje a la planta de máquinas de los ascensores, tal como estaba previsto inicialmente en los planos de ejecución de obras, aun cuando ello suponga menoscabo de la superficie privativa del departamento uno, propiedad de la demandada.

El Juez de Primera Instancia número 16 de los de Barcelona dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, y concretamente estimó los pedimentos antes señalados.

Interpuesto recurso de apelación por «Covisa, S. A.», la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara haber lugar al recurso parcialmente:

«Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error

de derecho en la apreciación de las pruebas, con violación de los artículos 1.218, 1.225, 1.228 y 1.232, todos del Código civil, en relación con los artículos 604, párrafo segundo, 565 y 632 de la Ley de Trámites, y es desestimable, porque del enunciado y desarrollo de la argumentación comprensiva, incluso de razonamientos jurídicos que son impropios del cauce utilizado, claramente se advierte que en realidad lo que intenta el recurrente es que se valore de nuevo la prueba practicada en relación con los sendos temas de que tratan los considerandos segundo, tercero y cuarto de la sentencia recurrida, olvidando que el recurso de casación no es una tercera instancia; pronunciamiento desestimatorio que también se impone respecto al segundo motivo, que, por la misma vía procesal que el anterior, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, porque los documentos que se invocan no dicen nada que expresamente se oponga a lo que la sentencia recurrida afirma, cual tendría que acontecer para que tal error pudiera ser estimado; antes, por el contrario, lo que de tales documentos resulta corrobora las declaraciones de carácter fáctico que contiene la sentencia impugnada, en orden a que sobre una franja de terreno de la finca número 19.610 se constituyó una servidumbre perpetua de paso a favor de la finca número 19.612, que esa franja de terreno da salida al sótano más profundo y al sótano-garaje de la Comunidad y, finalmente, que la escalera de acceso a la caja o planta de máquinas de ascensores desde el sótano-garaje de la Comunidad figuraba en un primer proyecto, en el que no se tenía en cuenta la existencia de otro sótano más profundo, más tarde construido, el cual figura en un segundo proyecto adicional.»

«Considerando que por la vía del número 1.º del indicado artículo 1.692 se articulan los motivos tercero, séptimo y noveno del recurso, los cuales están incursos en la causa de inadmisión prevista en el número cuarto del artículo 1.729 de la propia ley, porque en cada uno de ellos se plantean cuestiones heterogéneas, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.720, a tenor del cual, cuando fueran dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresarán en párrafos separados y numerados, vicio formal que en esta fase decisoria determina su desestimación, según tiene reiteradamente declarado esta Sala.»

«Considerando que en el sexto motivo, fundado también en el número primero del indicado artículo 1.692, se denuncia la violación, por no aplicación, de los artículos séptimo, párrafo primero, y noveno, primero, de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre Propiedad Horizontal, el cual debe ser igualmente desestimado, porque para que se pueda menoscabar o alterar la estructura de un edificio se requiere, como es natural, la previa existencia, real y efectiva, de tal estructura, supuesto de hecho que aquí no concurre, ya que, según afirma la sentencia recurrida, sin impugnación eficaz en el recurso, la escalera de acceso a la caja de ascensores desde el primer sótano fue simplemente proyectada, habiendo, por otra parte, finalizado la construcción del edificio y constituido éste en régimen de propiedad horizontal sin tal elemento, medio o forma de comunicación.»

«Considerando que la Sociedad demandada, y aquí recurrida, siendo propietaria única del edificio, lo sometió al régimen de propiedad horizontal, dividiéndolo en dieciséis departamentos independientes, y al mismo tiempo que otorgó el correspondiente título constitutivo, lo hizo también de los Estatutos, procediendo posteriormente a la venta de los expresados departamentos, excepto del señalado con el número uno, del que sigue ostentando el derecho singular y exclusivo de propiedad.»

«Considerando que en dichos Estatutos se establece que el departamento número uno, en cualquier momento, libremente y sin necesidad de autorización alguna de los demás copropietarios, podrá ser objeto de división o segregación para formar otros departamentos más reducidos o independientes, disposición estatutaria cuya nulidad se solicita en la

demanda, pretensión que rechaza la sentencia recurrida, y contra esta decisión se alzan los motivos cuarto y quinto del recurso, que, amparados en el número primero del indicado artículo 1.692, denuncian, respectivamente, la violación, por no aplicación, de los artículos 8.º, párrafo segundo, 11 y 16 de la ya citada Ley de 21 de julio de 1960, y la infracción, en el mismo concepto, del artículo 4.º, párrafo primero, del Código civil, y del mencionado artículo 8.º, párrafo segundo, motivos que deben ser acogidos, porque la ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa, y este carácter indudablemente tiene su artículo 8.º, párrafo segundo, en cuanto que, refiriéndose a los supuestos de su párrafo primero, dispone que en tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de Propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5.º, sin alteración de las cuotas de los restantes, precepto legal con el que está en abierta pugna la cláusula o disposición estatutaria discutida, lo que acarrea su nulidad, sin que a esta conclusión pueda eficazmente objetarse que los compradores de los pisos y locales tuvieron que aceptar esa cláusula, que ya figuraba en los Estatutos, aceptación que en ese aspecto, evidentemente, encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entra en juego cuando, cual aquí acontece, es contrario a una norma imperativa, de conformidad con lo prevenido en el artículo 4.º, párrafo primero, entonces vigente, y artículo 1.255, ambos del Código civil.»

Por tanto, declara haber lugar al recurso en cuanto a los motivos cuarto y quinto, casando en ese aspecto la sentencia recurrida.

En la segunda sentencia se declara expresamente la nulidad de la referida cláusula estatutaria, con constancia en el Registro de la Propiedad de las modificaciones que resulten de la citada declaración de nulidad.

COMENTARIO.—La presente sentencia decide un caso que es y seguirá siendo objeto de discusión y comentario entre los autores: el problema de la cláusula estatutaria de la propiedad horizontal por la que se reserva a favor del titular de los bajos o locales la facultad de dividirlos o efectuar segregaciones sin necesidad de aprobación de la Junta de Condueños.

¿Es válida e inscribible tal cláusula? ¿O es nula por infringir lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal?

La doctrina científica se había manifestado de distinta manera:

a) Algunos autores estimaban admisible tal cláusula en ciertos supuestos. Así, MONET, después de considerar «lógicamente discutible» la posibilidad de una norma estatutaria en este punto, que autorice libremente tales supuestos y remita a los interesados la distribución de cuotas, sin intervención ni autorización de la Junta de Dueños, se inclina «por la solución permisiva, pese al aparato legal», porque estima «que no es algo que afecte tan vital y entrañablemente a la competencia de la Junta que la misma no pueda delegar en tercero, y porque esta delegación puede operarse en los mismos interesados, con lo que la solución permisiva resulta clara, ya que tal posibilidad puede venir ordenada institucional y apriorísticamente en los propios Estatutos y en abstracto». «Por otro lado—continúa diciendo MONET—, los hechos mismos fuerzan a esta solución lógica ante el caso que plantean las plantas bajas. Constituida la propiedad horizontal de la finca, el promotor ignora cuál va a ser efectivamente la superficie y número de los locales, pues ello dependerá de las posibilidades de mercado que ofrezcan. En tal caso no resulta justo forzarle a obtener consentimiento y aprobaciones de sus compradores de los pisos. Ciertamente es que cabría ir ratificando esta autorización en cada venta de alturas que haga, jugando con poderes irrevocables que se haya hecho

otorgar en cada venta precedente respecto de los compradores anteriores, multiplicando de esta manera las Juntas de Dueños en cada escritura de piso; pero toda esta articulación sólo prueba la legitimidad y naturalidad de tal facultad en favor del propietario de los bajos, que abonan por sí solas la naturalidad y la legitimidad del pacto estatutario de este punto. Y nos referimos—termina MONET—sólo a las plantas bajas, sin hacer extensión del supuesto a los pisos altos, pues es el especial y privativo Estatuto jurídico de los bajos del edificio lo que reclama la posibilidad de la norma, que, en cambio, no se alcanza a ver en cuanto a los pisos altos por las dificultades de la división material que normalmente entrañan y que se reflejan en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal» (8).

LA CÁMARA también prevé la posibilidad de una cláusula estatutaria distinta del artículo 8.º, siempre que haya una justificación para prescindir del mismo (9).

BATALLA, pensando en las plantas bajas (como MONET), cree posible que se asigne a una parte concreta una participación, reservándose el propietario expresamente la facultad de subdividirla por sí solo en varios locales, atribuyendo a cada uno de éstos su cuota de participación. Y dice que esto se puede establecer en el título constitutivo, obligando entonces no sólo al propietario o propietarios que lo establecieron, sino también, por considerarlos adheridos, a quienes entren después a ser copropietarios del edificio, ya que lo conocen por el Registro (10).

b) Otros autores se muestran contrarios a la citada cláusula estatutaria. Así, ALVAREZ ALVAREZ dice respecto a MONET que «aun reconociendo la fuerza de sus razones» y pareciéndole «una solución práctica acertada», cree que «entraña una modificación de una norma legal imperativa, que excede de las posibilidades de los Estatutos». «Lo que sí será posible—dice—es obtener ese mismo resultado no con carácter general, sino para algún caso—plantas bajas, por ejemplo—, por vía de una primera Junta, inmediatamente de constituida la propiedad horizontal en la que se autorice esa división y distribución de cuotas, señalando unos módulos orientados en el artículo 5.º, lo cual no es alterar la norma legal, sino prever una necesidad y conceder una autorización antes que llegue el caso de que se haga la obra, lo mismo que se puede hacer con el derecho de elevar nuevas plantas» (10 bis). Obsérvese cómo este autor, aun reconociendo que la cláusula objeto de estudio infringe la norma imperativa del artículo 8.º, trata de buscar una salida al supuesto dando un rodeo ingenioso, pero, a nuestro modo de ver, innecesario, como después indicaremos.

Por su parte, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (11) considera «muy dudoso que pueda concederse la facultad de fijar alguna cuota a un comunero o que el propietario único del edificio, al constituir la propiedad horizontal, pueda reservarse la facultad de fijar determinadas cuotas (por ejemplo, las que puedan resultar de la división de un local en otros más pequeños, aun cuando ese local sea de la exclusiva propiedad del que va a fijar la cuota). Parece que, todo lo más—afirma—, estas reservas de facultades deben considerarse como apoderamientos revocables». Lo cual, entendemos nosotros, aparte de prever un extraño apoderamiento, otorgado por el apoderado mismo en su beneficio, no soluciona el problema ante el peligro de revocación de tal facultad. Más adelante interpreta el artículo 8.º en el

(8) *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*.

(9) «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana». Ponencia IX al Congreso Internacional del Notariado Latino, en colaboración con SOTO BISQUERT y GARRIDO CERDÁ, pág. 62.

(10) Citado por ALVAREZ ALVAREZ.

(10 bis). *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, en Centenario de la Ley del Notariado, Sección 2.ª, vol. 2.º, pág. 534.

(11) «Lo imperativo y lo dispositivo en la Ley de Propiedad Horizontal», en el núm. 462 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 1252 y 1259.

sentido de que sólo es imperativo que fije las cuotas la Junta, siendo libre la decisión de dividir de los interesados.

Hasta aquí la doctrina de los autores, que o bien admite la validez de la cláusula estatutaria referida a los bajos o trata de buscar otra fórmula para cumplir de algún modo la finalidad que aquélla pretende.

La presente sentencia, dentro de la segunda dirección, pero sin paliativo alguno, considera nula la cláusula estatutaria, casando la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había considerado lícita y válida la misma.

Sin embargo, Notarios y Registradores y juristas en general pueden moverse con libertad en la interpretación y aplicación de la normativa legal sobre esta cuestión, pues, como es sabido, el número 6 del artículo 1.º del Código civil alude a la doctrina que «de modo reiterado» establezca el Tribunal Supremo y no a la que resulte de una sola sentencia, como ocurre en el presente caso.

Además, hay que matizar bien las circunstancias específicas del supuesto de hecho planteado y los argumentos empleados por la sentencia, pues así se evitarán generalizaciones inadecuadas.

La cláusula estatutaria constitutiva del supuesto de hecho de la sentencia no contiene límites respecto a la facultad de división o segregación: «en cualquier momento y libremente»; alude a «división o segregación de locales», es decir, no se refiere al supuesto que luego indicaremos relativo a «huecos sin terminar ni tabicar». Esto resulta de los propios «considerandos». Además, aunque haya que tomarlo de los «resultandos» y sea, por tanto, menos seguro, quizá no haya que olvidar que los locales no iban a tener salida a la vía pública o elemento común y que el supuesto de hecho se complicaba por el problema del garaje y del uso del mismo, en detrimento de los demás, por lo que podrían ser varios titulares del local, en caso de división. Por tanto, la cláusula estatutaria no había precisado esta cuestión, lo que obliga a tacharla de imprecisa e incompleta.

Con todo esto queremos recalcar que aun a quien le convenciera la argumentación de la sentencia, no le sería permitido aplicarla sin más a otros supuestos de hecho y a otras cláusulas estatutarias que responden a una distinta perspectiva.

En cuanto a los argumentos utilizados por la sentencia podemos esquematizarlos en los dos siguientes, íntimamente enlazados:

1.º «La ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa, y este carácter indudablemente tiene su artículo octavo, párrafo segundo, en cuanto que, refiriéndose a los supuestos de su párrafo primero, dispone que en tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de Propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo quinto, sin alteración de las cuotas de los restantes, precepto legal con el que está en abierta pugna la cláusula o disposición estatutaria discutida, lo que acarrea su nulidad.»

Pero lo que hay que preguntarse realmente es si el supuesto de hecho al que obedece la cláusula estatutaria en cuestión está o no en abierta pugna con el artículo 8.º, cosa que la sentencia da, por supuesto, como algo evidente. Nosotros creemos que la citada cláusula estatutaria responde, por lo general, al supuesto de bajos sin terminar, que no son todavía locales, sino simples huecos sin tabicar, en espera de ser terminados cuando las concretas demandas del mercado precisen la situación. Nos parece que el artículo 8.º se refiere a pisos y locales propiamente dichos, que no sean una mera entidad formal hipotecaria, sino un verdadero piso o local en su estructura física, pues sólo así puede hablarse propiamente de «pisos reformados» (como dice el párrafo segundo) y de «división material de

pisos o locales». En cambio, el supuesto al que responde la cláusula estatutaria es el de local o locales sin terminar ni estar formados todavía. No es la facultad de dividir un piso o local lo que se reserva el dueño, sino la facultad normal de todo propietario de terminar la obra y de decidir un poco más tarde lo que podría hacer libremente desde el primer momento: formar uno o varios locales. Frente a esta interpretación, no creemos que se nos pueda tachar de literalistas, pues la misma responde también a una técnica finalista, como ahora diremos, siendo conscientes de que no es lo mismo reservarse caprichosamente la facultad de modificar la estructura física ya existente, que reservarse la facultad de terminar obras comenzadas en uno u otro sentido.

Y esto lo mantenemos aún más desde la perspectiva de la presente sentencia, que a propósito de otra cuestión que se plantea, la del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, referente a si por no hacer el constructor una escalera proyectada se había menoscabado o alterado la estructura del edificio, la sentencia entiende que para «alterar la estructura de un edificio se requiere, como es natural, la previa existencia, real y efectiva, de tal estructura, supuesto de hecho que aquí no concurre».

Ciertamente, no sabemos, en concreto, si el local estaba o no terminado en el caso de la sentencia, pero lo que queremos resaltar es que el argumento no puede ser aplicado con la misma fuerza en relación con la cláusula estatutaria, que luego expondremos, relativa a «huecos en los bajos sin tabicar ni terminar».

Todavía queda la cuestión de las cuotas, a la que también se refiere el párrafo segundo del artículo 8.º A propósito de esto, entendemos que si el constituyente del régimen de propiedad horizontal tiene facultades para terminar en uno u otro sentido los bajos sin tabicar, hay que concederle también la facultad de fijar las cuotas respecto a los mismos, conforme a los criterios que establece el artículo 5.º (superficie útil, situación o emplazamiento), siempre, como es natural, que actúe dentro de la cuota global que corresponde al hueco sin tabicar. Sin embargo, admitimos cualquier impugnación basada en no haberse acomodado el mismo a tales criterios. A lo más que podríamos llegar es a admitir que las cuotas de las nuevas entidades formadas debe fijarlas la Junta de Propietarios, de acuerdo con los datos o criterios objetivos del artículo 5.º, lo que no significa que tenga que decidir necesariamente el problema de la división del hueco de la parte baja sin tabicar. En este sentido se manifiesta ESCRIVÁ DE ROMANÍ, aunque reconoce que es desacertada la norma del artículo 8.º Pero preferimos mantener la otra postura de que el titular que se reserva la facultad de división del hueco, puede reservarse también la facultad de fijar las cuotas, conforme a tales criterios del artículo 5.º o conforme a uno de ellos (superficie útil, por ejemplo, en caso de que el emplazamiento se estime indiferente).

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que no se trata de una infracción directa del artículo 8.º, pues cabe interpretar lo siguiente: no se trata de infringir lo que establece el artículo 8.º, sino de anticipar el requisito del mismo a un supuesto de hecho futuro. En el fondo, se cumple de alguna manera lo previsto en el artículo 8.º, pues según el artículo 5.º, el propietario o propietarios iniciales tienen las mismas facultades que tendría una Junta de Propietarios y hasta podemos decir que hacen las veces de la misma. Por tanto, donde el artículo 8.º dice «Junta de Propietarios» puede perfectamente leerse «propietario único del edificio» o «propietarios existentes». Tampoco creemos haga falta recurrir al sistema que patrocina JOSÉ LUIS ALVAREZ, de plantear la cuestión de la división en la primera Junta de Propietarios, cuando, por ejemplo, sólo hay dos propietarios, pues se trata del mismo supuesto que el de título constitutivo inicial, siendo aquel sistema un rodeo o vía indirecta para llegar al mismo re-

sultado. Queremos decir, en definitiva, que tampoco hay por qué plantear la cuestión de un modo tan grave o dramático como la plantea el Tribunal Supremo, habiendo base para interpretar que el artículo 8.º no ha sido infringido, sino modalizado en los Estatutos a base de una anticipación perfectamente lícita. En otro caso, podría llegarse a las siguientes situaciones absurdas: aunque una Junta de Propietarios autorizase la división, podrían incorporarse nuevos propietarios antes de iniciarse las obras, que bien podrían alegar que ellos no han autorizado ni aprobado tal división. Lo cual es absurdo y demuestra que no hay más remedio que interpretar el artículo 8.º en el sentido de que permite cierta anticipación del requisito exigido. Si a todo lo dicho se une que el supuesto que nosotros contemplamos es el de «huecos para locales sin tabicar» y no división caprichosa de pisos o locales ya terminados y en funcionamiento, se comprenderá la necesidad de no dramatizar el problema del artículo 8.º

2.º La sentencia completa la argumentación anterior añadiendo lo siguiente: «Sin que a esta conclusión pueda eficazmente objetarse que los compradores de los pisos y locales tuvieron que aceptar esa cláusula, que ya figuraba en los Estatutos, aceptación que en ese aspecto evidentemente encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entra en juego cuando, cual aquí acontece, es contrario a una norma imperativa, de conformidad con lo prevenido en el artículo cuarto, párrafo primero, entonces vigente, y artículo 1.255, ambos del Código civil.»

Por tanto, el Tribunal Supremo refuerza sus afirmaciones trayendo a colación la figura del «pacto de adhesión», que, como se sabe, suele ir relacionada con supuestos en que hay una parte más débil, indefensa muchas veces ante los abusos de la parte más fuerte (11 bis).

Creemos que la idea del «pacto de adhesión» aplicada al caso de compradores de pisos puede dar lugar a soluciones justas sirviendo de freno a posibles abusos de los vendedores. Pero el caso que nos ocupa no supone ningún abuso, sino una previsión perfectamente lícita y legítima, a la que nada afecta la aplicación de la figura del «pacto de adhesión».

Ante todo, conviene precisar dos cosas. La primera es que el «pacto de adhesión» sólo puede ir referido a la compraventa, no al acto constitutivo de los Estatutos, totalmente extraño a aquella figura. Efectivamente, los Estatutos surgen o por la decisión del propietario único del edificio (acto unilateral) o por convenio de los propietarios existentes (acto plurilateral). En ningún caso se precisa la aceptación ni adhesión de futuros compradores para considerarlos jurídicamente perfectos y existentes. En este sentido, tiene razón MONET cuando dice que «los Estatutos surgen como tales y con la plenitud de sus efectos sin necesidad de aceptación alguna de los terceros adquirentes de pisos. Los Estatutos son erigidos por la exclusiva disposición de la parte propietaria, provocando el entramado jurídico correspondiente en la plenitud de sus efectos. Y no precisan la aceptación de terceros adquirentes, por lo que se comprende huelgue toda equívoca referencia a ideas de adhesión, confirmación o consentimiento de estos terceros adquirentes, aquí inoperantes y confusionistas». Y parece que la sentencia de la Audiencia siguió estas afirmaciones de MONET. Pero lo cierto es, y en esto damos la razón a la sentencia del Supremo, que casó la de la Audiencia, que cuando se vende un piso se comprenden todas las condiciones previstas en los Estatutos, y desde esta perspectiva, el comprador se adhiere a las cláusulas estatutarias redactadas con anterioridad a su adquisición. Por tanto, aun aceptando la tesis de MONET, se puede llegar por la vía de contemplación del contrato de compraventa y de sus

(11 bis) En supuestos de transmisiones lucrativas de pisos no hay sombra alguna de «adhesión» nula. Lo que ha de tenerse en cuenta como refuerzo de lo que ahora veremos sobre la eficacia de los Estatutos desde el principio, prescindiendo de la clase de transmisión que se proyecta.

condiciones a la figura del pacto de adhesión. Y esto es lo que dice el Supremo: no que los Estatutos exijan aceptación ni adhesión, sino que los *compradores de los pisos*, al aceptar la cláusula estatutaria, formalizaron un «pacto de adhesión». O sea, los Estatutos existían ya jurídicamente sin necesidad de aceptación, si se sigue la tesis acertada de MONET; pero el contrato de compraventa posterior incluye la oferta de las cláusulas estatutarias, y en este sentido, la aceptación por el comprador del contrato y sus cláusulas implica pacto de adhesión.

Esta calificación que hace la sentencia no es nueva en realidad. Ya la había patrocinado AMORÓS GUARDIOLA con motivo de un comentario a otra cláusula estatutaria, concretamente la de formalización de un apoderamiento por los futuros compradores para permitir rectificaciones de porcentaje al vendedor. He aquí lo que dijo AMORÓS: «La cláusula estatutaria discutida encierra evidentemente un pacto de adhesión. Los sucesivos compradores de los pisos han de aceptar necesariamente esa delegación en favor de la sociedad vendedora que les viene impuesta por los Estatutos.» Y más adelante: «Y no se diga que los compradores de los pisos son libres de comprar o no, y que al comprar ya prestan su consentimiento al poder así impuesto. Porque tampoco aquí el contrato de compraventa es plenamente voluntario. La necesidad social de las viviendas es especialmente aguda en la época actual. Por ello, en la venta de viviendas se produce tantas veces el fenómeno social de los contratos impuestos o por adhesión, en que el vendedor obliga al comprador a realizar determinadas prestaciones o a sufrir ciertas limitaciones, porque éste no puede renunciar a la compra de ese piso y adquirir otro... En todo caso, cuando ello ocurra, no parece que pueda utilizarse el principio de la autonomía de la voluntad para salvaguardar jurídicamente los condicionamientos de la parte vendedora» (*R.C.D.I.*, núm. 479, pág. 981).

Y nosotros, por lo ya dicho, aceptamos la calificación de «pacto de adhesión» respecto a las condiciones impuestas previamente por el *vendedor* en los Estatutos.

Ahora bien, hecha esta primera aclaración, decíamos antes que había que precisar un segundo punto, y es que no por tratarse de un pacto de adhesión hay que considerarlo nulo. En la práctica diaria se multiplican los pactos de ese tipo que son perfectamente válidos. Y es que sólo hay que considerarlos nulos cuando sean «inmorales o contrarios al orden público» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN) (12) o a la ley imperativa (como dice esta sentencia). Creemos haber demostrado que la cláusula estatutaria objeto de estudio no va contra la ley imperativa, ni tampoco va contra la moral o el orden público. Por el contrario, la citada cláusula responde a la necesidad de salvaguardar el interés legítimo de todo propietario de dar fin a las obras no terminadas, siempre que no perjudique a otros propietarios. Todos los autores, incluso los contrarios a la validez de la cláusula, buscan una solución o salida para tal situación de hecho, lo que revela una inquietud por resolver en la práctica un interés digno de protección. Como decíamos antes, ese interés es el del titular de los bajos, que no tiene de momento, ni puede tenerlo (a no ser que se le obligue a jugar a la lotería), un criterio fijo de cuáles van a ser las demandas del mercado. Se encuentra ante el problema de que no sabe si conviene formar un solo local muy grande o dos o tres más pequeños. Todo dependerá de la demanda: no es lo mismo comprar un local para frutería que para un «supermercado». Por tanto, si se prescinde de tal cláusula, se producirán las siguientes situaciones irregulares: o que el titular de los bajos decide terminarlos y tabicarlos antes de vender los pisos, con lo que jugará, como hemos dicho, a la lotería, a no ser que prefiera no vender de momento los pisos hasta haber tomado una decisión, lo que también es absurdo, pues la

(12) *Instituciones de Derecho Civil*, 1.^a ed., vol. I, pág. 336.

necesidad social de vivienda no permite dilaciones, aparte de que él mismo se perjudicaría al no recibir el dinero que puede precisar, o bien decide dejar al arbitrio de la Junta de Propietarios la cuestión de si se debe formar uno o varios locales en los bajos. Con lo cual, aparte de lo ya dicho sobre la no aplicación del artículo 8.º, se expone a coacciones o pasividad de los copropietarios que quieran obtener algo a cambio. No se olvide que actualmente hay muchos pisos y propietarios en un edificio, pues se construyen muchas plantas, dándose toda clase de caracteres según las personas, con posibilidad de que actúe la mala fe o, al menos, la dificultad de conseguir un acuerdo sobre un tema que en el fondo no afecta a los copropietarios nada más que en situaciones-límite, que se pueden evitar con una cláusula estatutaria como la que luego señalaremos. En definitiva, hay base para pensar que la parte débil en el punto concreto que estamos examinando es más bien el titular de los bajos, que se expone, si no establece una cláusula de reserva de facultades, a tener que «adherirse» a las condiciones impuestas desde arriba por los demás copropietarios.

Además, traemos a colación un supuesto que ofrece analogías, admitido por la legislación, doctrina y jurisprudencia, a pesar de que ofrece mayor gravedad para los titulares de los pisos que la inofensiva cláusula estatutaria de la que nos ocupamos. Nos referimos, como puede suponerse, a la reserva estatutaria a favor del propietario del edificio del derecho de elevar una o más plantas, con modificación incluso de las cuotas de participación de los pisos restantes. Este supuesto está previsto en el artículo 16, número 2.º, del vigente Reglamento Hipotecario y lo admite de modo concreto la resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de abril de 1970, que coordina la aplicación de dicho precepto en relación con el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, considerando inscribible la reserva del derecho de elevar plantas establecido en el otorgamiento unilateral de los Estatutos. Y aunque no profundiza en el problema de si el artículo 11 de la ley ha derogado el número 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, AMORÓS GUARDIOLA, en su magnífico comentario, aclara así la cuestión: «Pienso que no. Porque, supuesto el valor jerárquico superior y la fecha posterior de la Ley de Propiedad Horizontal, para que el artículo reglamentario quedara derogado por ella haría falta que ambas normas fueran incompatibles, que el mandato del Reglamento se opusiera a los contenidos de la ley. Y no parece que así ocurra. La ley exige la unanimidad para la fijación y modificación de las cuotas. Y el Reglamento permite que esa unanimidad pueda estimarse cumplida *a priori* cuando el constructor se reserve el derecho a levantar nuevos pisos, siempre que en esa reserva se especifiquen las cuotas futuras» (13).

Pues bien, si se admite esta reserva del derecho a levantar plantas, que es lo más (pues se modifican incluso las cuotas de los restantes pisos), hay que admitir necesariamente la reserva estatutaria de la facultad de formar uno o varios locales en el hueco de los bajos (pues no se modifican las cuotas de los restantes pisos). Pero estamos en un argumento «a mayor abundamiento», de modo que, aunque se optara por no admitir la reserva de la facultad de elevar plantas, no por eso habría que rechazar la reserva que estudiamos, cuyo efecto es mucho menor. Pero es que el propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de marzo de 1968, ha admitido la reserva del propietario relativa a levantar nuevas plantas (14).

Próximos ya al final del presente comentario crítico, procede resumir nuestra opinión sobre el problema de la cláusula estatutaria en cuestión. Nosotros creemos que hay que distinguir dos supuestos, que entendemos

(13) En el número 479 de esta Revista, pág. 983.

(14) Citada por SOTO BISQUERT en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, pág. 946, nota 40.

son diferentes: en primer lugar, el supuesto de reserva de la facultad de dividir «libremente y en cualquier momento» pisos o locales ya terminados, al que hay más base para aplicar el artículo 8.º de la ley y que no obedece a ninguna finalidad objetivamente atendible, y en segundo lugar, la cláusula estatutaria por la que el titular de huecos sin terminar se reserva la facultad de terminarlos formando uno o varios locales. Este segundo supuesto lo consideramos perfectamente admisible, pues no cae en el radio de acción del artículo 8.º de la ley, ni siquiera es el supuesto de la presente sentencia. Y aunque lo fuera, una sola sentencia no constituye doctrina interpretativa vinculante para los juristas que se ocupan de la interpretación y aplicación de las leyes.

Queremos hacer hincapié en que las cláusulas estatutarias que respondan a tal situación de hecho deben seguir admitiéndose, pero a condición de que aparezcan bien precisadas y depuradas para no caer precisamente en el supuesto del que se ocupa esta sentencia. Esta precisión y depuración consistirá en lo siguiente: no se debe hablar de dividir pisos o locales, sino de la facultad de terminar los huecos existentes en los bajos mediante la formación de uno o varios locales, pudiendo, en consecuencia, formalizar las oportunas operaciones registrales de división o segregación; se determinará el número máximo de locales que pueden formarse, si fuera posible, con objeto de cumplir el principio de fijeza del título constitutivo (15); la cláusula estatutaria podrá anularse si ese número máximo de locales no cumple los requisitos objetivos señalados por la Ley de Propiedad Horizontal, a saber: susceptibilidad de aprovechamiento independiente y salida propia a elemento común; se indicará la facultad del titular para distribuir la cuota global entre los locales formados con arreglo a un criterio objetivo, sabiendo que esta fijación de cuotas puede ser impugnada por los copropietarios si no se adapta a los criterios previstos en la ley; reserva de un adecuado espacio para todos los posibles locales en el uso de ciertos elementos comunes, como garaje, para que quede bien concretada la forma de usar tales elementos por todos los copropietarios; posibilidad de aplicar la misma normativa a las plantas superiores destinadas a oficinas y no sólo a los bajos, ya que existe la misma *ratio* en uno y otro caso; previsión respecto a las puertas de comunicación con el exterior o con elemento común de los locales que se formen, teniendo en cuenta que no se va a modificar la fachada, sino que se va a concretar la misma, ya que se trata de supuestos en que no hay fachada todavía, sino una pared provisional de ladrillo, y cualquier otra precisión que se estime pertinente en cada caso de acuerdo con las características del edificio y elementos comunes del mismo.

Por tanto, la cláusula estatutaria que nosotros proponemos podría ser más o menos así: «El titular o titulares del departamento número ..., que constituye una entidad registral, pero desde el punto de vista físico no ha sido terminado todavía, representando actualmente un hueco sin tabicar, podrá terminarlo formando uno o varios locales independientes, pudiendo a tal efecto otorgar por sí solo las correspondientes escrituras de división o segregación. El número de dichos locales no podrá exceder de... (aquí se pondrá el número máximo admisible teniendo en cuenta la susceptibilidad de aprovechamiento independiente y salida propia) y tendrán entrada independiente por una puerta en la fachada, que actualmente está sin terminar (o por el portal, si se ha abierto puerta por ahí). Dicho titular o titulares distribuirán la cuota global actualmente asignada al departamento entre cada uno de los locales que, en su caso, se formen, teniendo en cuenta los criterios objetivos del artículo 5.º de la ley, y si todos ellos

(15) Además, los compradores de los pisos tendrían bases en que atenerse, a efectos de mayorías y cómputos de votos. Sobre la fijeza del título constitutivo, véase el trabajo de MONTES PENADES en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, III.

tienen salida a la misma calle, la distribución se hará conforme a la superficie útil de cada uno (esto puede ponerse, silenciarse o redactarse según las circunstancias de cada caso). Respecto a la plaza de garaje, el titular se reserva el espacio de 'tantos' metros cuadrados, que distribuirá en su día entre cada uno de los locales formados. En el supuesto de que no hubiera espacio suficiente para todos ellos, se fijará un turno por períodos de tiempo, de modo que no puedan quedar afectados los demás copropietarios (no obstante, es conveniente prever de antemano esta cuestión, reservándose plazas de garaje suficientes para todos o, si no es posible, excluir de su uso a algunos de los locales que se formen, que no contribuirían a los gastos de mantenimiento de tal elemento común).»

COMPRAVENTA DE PISO FUTURO. DIFERENCIA CON PROMESA DE VENTA. SUPERFICIES UTIL Y CONSTRUIDA: ES ACERTADO EL CRITERIO DE ATENERSE A LA PRIMERA, PUES EL RECURRENTEMENTE NO DEMUESTRA LA RAZON DE ATENERSE A LA SEGUNDA (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Doña María Lledó Briz presentó demanda contra don Mariano Saiz Jiménez y doña Piedad Adalid Millán fundándola en que la actora había otorgado escritura de compraventa a favor de los demandados de una finca por el precio de cinco millones sesenta y siete mil pesetas, de las que se recibieron en el acto dos millones seiscientos trece mil cuarenta pesetas, comprometiéndose don Mariano a satisfacer el resto en el día en que se concediera a las Viviendas de Protección Oficial, que proyectaba construir sobre el solar comprado, la calificación definitiva. Simultáneamente a este acto suscribieron un documento en que el adquirente del solar se comprometió a escriturar a favor de la actora, para el pago del saldo a su favor, inmediatamente que se otorgue la escritura de declaración de obra nueva, los pisos señalados con las letras A, B y C de la planta segunda del inmueble resultante sobre el solar objeto de enajenación, por precio de seis mil seiscientos cincuenta pesetas metro cuadrado de superficie edificada útil y habitable. Como los demandados no habían escriturado los pisos a favor de la actora, a pesar de haber sido requeridos por ésta, interponía esta demanda suplicando se dictara sentencia declarando que la actora es propietaria de las viviendas A, B y C de la planta segunda del edificio sito en Cuenca, en avenida José Antonio, 60, condenando a los demandados a hacer entrega a aquélla de los pisos con los anexos, derechos y servidumbres que les correspondan, aparte de otros tres pedimentos.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose porque existían hipotecas sobre los pisos, se habían construido garajes y se habían hecho mejoras en las viviendas, además del aumento de precio de los materiales desde la fecha en que se proyectó la edificación y del cambio de precio de las viviendas fijado por el Ministerio del Ramo, por lo que atenerse a la letra del contrato haría a éste leonino. Solicita en reconvencción la resolución del contrato.

El Juez de Primera Instancia de Cuenca dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete revocó la sentencia del Juzgado, estimando en parte la demanda y desestimando la reconvencción, y declarando que condena a los demandados a que, en cumplimiento de la obligación contractualmente establecida, otorgue escritura pública de transmisión de la propiedad de las viviendas letras A, B

y C de la planta segunda del edificio, cuyo otorgamiento supondrá carta de pago del precio aplazado.

Los demandados interponen recurso de casación, pues el objeto del supuesto contrato de compraventa no está perfectamente identificado, ya que en la Cédula figura su mayor superficie construida, que no se ha tenido en cuenta, y, además, el contrato habría que calificarlo como de promesa de venta. En tercer lugar, con los garajes no se había contado en el momento de suscribir el contrato, por lo que es absurdo que se tengan que entregar, sin que proceda aplicar el artículo 1.470 del Código civil, como hace la Sala.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero acusa la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, el cual no puede prevalecer dado que el Tribunal sentenciador tomó como base del cálculo del número de metros cuadrados consignados en la Cédula de Calificación Definitiva la superficie útil de cada una de las viviendas, que figura, entre otros, al folio 107 de los autos, y no la superficie construida, que se detalla, entre otros, al folio 108 de los mismos autos, sin que el recurrente intente demostrar siquiera que para proceder acertadamente el Tribunal *a quo* debió tomar como base esta última superficie, que es a la que se atiene el impugnante al desarrollar este motivo.»

«Considerando que el motivo segundo y último está incurso en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, en contra de lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 1.720 de la misma ley, mezcla y confunde el tratamiento de dos cuestiones distintas, a saber, la referente a la calificación del contrato litigioso y la relativa a la extensión y efectos del cumplimiento de una de las obligaciones del vendedor, la de entregar la cosa vendida, y asimismo incurre en la causa de inadmisión quinta del citado artículo 1.729, toda vez que ninguna de dichas cuestiones fue planteada claramente por las partes en el momento oportuno del curso de la Primera Instancia del pleito; causas de inadmisión que en la actual fase procesal quedan convertidas en causas de desestimación, según lo tiene proclamado reiteradamente la doctrina de esta Sala.»

«Considerando que, aparte de ello, en cuanto al problema atinente a la calificación del contrato litigioso, denuncia el recurrente la aplicación indebida del artículo 1.450 y la violación del artículo 1.451, ambos del Código civil, y de la doctrina contenida en las sentencias que cita; alegación que no puede prosperar, porque no puesto en duda por el recurrente el tipo contractual, actual o definitivo, tampoco la hay de que fue calificado acertadamente aquel contrato de compraventa de cosas futuras y no de precontrato o promesa de compraventa, pues es obvio que para hacer prevalecer esta última calificación son irrelevantes las dos circunstancias destacadas por el impugnante, a saber, la reserva por parte de la compradora de la facultad de designar la persona o personas a favor de las cuales habrá de otorgarse el contrato de venta y la diferencia—supuesta, como se ha indicado en el considerando primero—entre la cabida asignada a las viviendas en el contrato y la resultante de la futura construcción de la casa; independientemente del problema relativo a los garajes, que ha de quedar fuera de la discusión por lo que se dice seguidamente.»

«Considerando que en cuanto al problema referente a la entrega de los garajes y de sus efectos, acusa el recurrente la aplicación indebida del artículo 1.470 en relación con el 1.469 del Código civil, precepto el primero invocado en el considerando noveno de la sentencia combatida; cuestión que no puede ser tratada ahora en casación, porque este recurso extraor-

dinario, según la jurisprudencia constante, no se da contra los considerandos, sino contra la parte dispositiva de la sentencia de Instancia, y en el caso del día no ha trascendido al fallo de la resolución impugnada ese razonamiento del juzgador de segundo grado, pues ha quedado ceñida la condena a la entrega y formalización escrituraria de las tres viviendas objeto de la pretensión de la actora.»

COMENTARIO.—Podemos destacar tres temas de interés en esta sentencia:

A) *Distinción entre compraventa de cosa futura y precontrato.*—Según el recurrente, en el contrato quedó sin determinar en dos aspectos fundamentales: en lo relativo a la persona del comprador, ya que se estableció que la futura escritura de transmisión de propiedad de los pisos se otorgará a favor de doña María Lledó o de la persona o personas que ésta designe, y en lo relativo a la cosa objeto del contrato, al no concretarse la superficie construida, sino sólo la útil. En consecuencia, entiende que lo que los contratantes celebraron fue un contrato de promesa de venta, no de compraventa, cuyos efectos son muy distintos.

El Tribunal Supremo respeta la calificación del contrato como compraventa de cosa futura, tal como había interpretado la Audiencia, y destaca la diferencia con el precontrato o promesa de compraventa. Pero la doctrina de la sentencia se refiere únicamente al examen de una diferencia, por vía negativa, es decir, no contiene doctrina positiva sobre lo que debe entenderse por compraventa de cosa futura o por promesa de venta, sino que señala lo que *no es* determinante del concepto de precontrato, frente a la tesis del recurrente. En suma, afirma que para el concepto de precontrato son irrelevantes las dos circunstancias destacadas por el recurrente.

Con ello pensamos que el Tribunal Supremo prescinde de aquel concepto de precontrato según el cual se trata de una figura en la que las partes sólo sientan unas líneas básicas, que serán en su día objeto de complemento y desarrollo (ROCA SASTRE), pues desde esta última perspectiva no dejaría de ser irrelevante la imprecisión momentánea en cuanto a la persona y el objeto del precontrato.

B) *El valor de los conceptos de superficie útil y superficie construida para la determinación del piso.*—En el contrato privado celebrado entre las partes se aludía a la obligación de entrega de los pisos señalados con las letras A, B y C de la planta segunda del inmueble, a razón de seis mil seiscientas cincuenta pesetas metro cuadrado de superficie edificada útil y habitable.

Lo primero que podemos plantearnos es si es ortodoxa esa forma de determinar el objeto del contrato. No cabe duda de que, a efectos de inscripción, es inadmisibile. Pero aquí se trataba de un contrato privado, previo al otorgamiento de la escritura, en que no se plantea el problema registral, sino el problema civil de la determinación del objeto del contrato. LA CÁMARA ya había mostrado sus dudas sobre la validez misma del contrato poniendo este ejemplo: «Si se dice que se vende el piso a construir, que será el apartamento X de la planta Z, sin mayores especificaciones, supuesto en el que podría dudarse con fundamento de la validez misma del contrato por falta de determinación del objeto, pues una cosa es que lo que se vende sea una cosa futura, y otra, que ésta, a los efectos de vincular a las partes, no haya de cumplir la exigencia establecida por el número 2 del artículo 1.261 del Código civil» (16).

Ahora bien, quizá no sea éste el supuesto de la sentencia, pues se trataba de unas Viviendas de Protección Oficial, en las que la Cédula de Cali-

(16) *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en publicación del Centro de Estudios Hipotecarios, 1973, pág. 82.

ficación Definitiva puede dar base a la determinación del objeto, con lo que podría hablarse de « piso determinable », aunque en el momento del contrato no estaba completamente « determinado ».

Además, lo único que se plantea en este caso es la indeterminación derivada de haberse aludido simplemente a la superficie útil y no a la construida, es decir, se prescinde del problema de la determinación a través de letras.

En ese concreto aspecto planteado, el Tribunal Supremo desestima el recurso, pero no llega a entrar en la valoración concreta que le merecen los conceptos de superficie útil y construida, si bien señala que el recurrente no intentó siquiera demostrar que debería haberse tenido en cuenta la última, con lo que, en definitiva, no ve razones para que se tenga que determinar el objeto por su superficie construida.

Nosotros aprovechamos la ocasión para decir que el concepto de « superficie construida », tal como se contempla en la legislación de Viviendas de Protección Oficial, nos parece un « monstruo jurídico », pues significa una suma de elementos heterogéneos e inconciliables: por un lado, la superficie útil del piso, y además, la parte proporcional (en metros cuadrados) en los elementos comunes. El resultado decimos que es un « monstruo », pues en los elementos comunes los pisos no tienen una participación en « metros cuadrados », sino a través de una cuota matemática, ya que no se trata de comunidad divisa o con distribución de partes materiales, sino de comunidad por cuotas. Además, puede inducir a error a los compradores respecto a la verdadera superficie del piso, pues ésta es sólo la que se mide en su interior. No obstante, tratándose de Viviendas de Protección Oficial, conviene que en la escritura e inscripción se expresen las dos superficies, por estar previsto en la legislación. Pero de ningún modo procede popularizar y fomentar ese concepto de « superficie construida » con ocasión de viviendas normales (que no sean de Protección Oficial), siendo procedente que el Registrador impida su acceso al Registro por oponerse a lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario e implicar confusión respecto a la cuota. Lo que sí sería admisible e incluso conveniente es expresar en la descripción del edificio la superficie construida por planta, aparte de la superficie de cada piso, pero no incorporar al piso unos metros cuadrados que nunca tendrá. Además, la Ley de Propiedad Horizontal se refiere únicamente a la « superficie útil », no a la « construida ».

C) *Función aclaratoria de una sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto.*—En alguna ocasión, y buena muestra de ello es la presente sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto y, sin embargo, aclara o interpreta la sentencia recurrida en el sentido propuesto por el recurrente. El resultado es curioso: hay desestimación formal del recurso, pero estimación « de hecho » de la interpretación dada por el recurrente. Expliquemos estas ideas en relación con el problema debatido: en la sentencia de la Audiencia se decía en los « considerandos » que el garaje era « anejo inseparable » de las viviendas a entregar; sin embargo, en el « fallo » sólo se aludía a la entrega de las viviendas, sin aludir expresamente a la entrega de los garajes. El recurrente alega que en el contrato privado sólo se había previsto la entrega de viviendas, ya que de los garajes no se habló, al no estar tampoco proyectados, y cree que la sentencia de la Audiencia le condena a entregar las viviendas con sus garajes. El Tribunal Supremo desestima el recurso y dice que la cuestión de los garajes « no puede ser tratada ahora en casación, porque este recurso extraordinario, según la jurisprudencia constante, no se da contra los considerandos, sino contra la parte dispositiva de la sentencia de Instancia, y en el caso del día, no ha trascendido al fallo de la resolución impugnada ese razonamiento del juzgador de segundo grado,

pues ha quedado ceñida la condena a la entrega y formalización escrituraria de las tres viviendas objeto de la pretensión de la actora».

Pero, en nuestra opinión, esta postura del Tribunal Supremo significa, en definitiva, una interpretación del fallo de la sentencia recurrida, en el sentido de que no se refiere a la entrega del «anejo garaje», a pesar de que se aludió a él en los «considerandos». Y esto es muy importante para el recurrente, pues pesará, sin duda, en el momento de la ejecución de sentencia, si la otra parte pretendiera interpretarla en el sentido de que la entrega de las viviendas comprende la de todos los anejos, como pidió en la demanda. Por eso hemos apuntado esta función aclaratoria de la sentencia del Supremo, aunque desestime formalmente el recurso. Un supuesto idéntico se produce cuando se interpone recurso por oscuridad de sentencia, y el Tribunal Supremo entiende que no procede admitirlo por ser clara la sentencia, explicando su sentido a continuación, como prueba de tal claridad.

DIVISION DE COSA COMUN. LA INDIVISIBILIDAD QUE DA LUGAR A LA VENTA EN PUBLICA SUBASTA NO ES LA MATERIAL O FISICA, SINO LA JURIDICA. APRECIACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA DE DICTAMENES PERICIALES (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Tres copropietarios en régimen de comunidad ordinaria demandan a los otros cuatro, alegando que los dos inmuebles comunes son jurídicamente indivisibles, dado el número y cuotas de partícipes, por lo que suplican se dicte sentencia decretando la disolución por el procedimiento de la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

Los demandados se oponen alegando como forma de división la constitución de propiedad horizontal con adjudicación de los correspondientes pisos o locales, ya que la venta en pública subasta desmerecería el precio de los inmuebles.

El Juez de Primera Instancia número 9 de los de Valencia estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

«Considerando que contra esta sentencia alzan los recurrentes su recurso, en cuyo tercer motivo—que es el primero que hay que examinar y resolver, pues es base de los demás—, formulado por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputan a dicha sentencia (de Instancia) error de derecho en la apreciación de la prueba, que dicen ‘se comete cuando se infringe un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede’—sentencia de 24 de junio de 1955—, en relación con el artículo 632 de la Ley Procesal, en cuanto a que la prueba pericial debe apreciarse según las reglas de sana crítica; en tesis de los recurrentes: a) ‘en estos autos y en la sentencia recurrida no se toma como fundamento del fallo otra prueba que la del dictamen pericial, por lo que se hace necesario establecer un criterio de valoración de pruebas según las reglas del criterio humano; b) el dictamen pericial emitido en la Primera Instancia es dubitativo y, en cambio, el practicado en la apelación es más concluyente, pues proclama que los dos edificios son susceptibles de división horizontal y que, en cuanto al solar o patio de manzana interior, no había ningún problema para su división material, y c) que, por tanto, con sujeción a las reglas de la

sana crítica, había que admitir que 'existe un error de derecho en la apreciación de la prueba, al no reconocerle, a la única practicada, la eficacia que la ley le concede'.

«Considerando que la desestimación de este motivo se impone por las siguientes razones: en primer lugar, porque invocándose un error de derecho en la apreciación de la prueba, no basta citar la norma legal que se cree infringida, sino que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.720 de nuestro ordenamiento procesal, hay que determinar también el 'concepto' o modo como se entiende infringida tal norma, siendo esta indeterminación, por sí sola, causa suficiente para decretar su desestimación, como lo tiene reiteradamente proclamado este Tribunal, entre otras, en las sentencias de 6 de marzo de 1935, 13 de febrero de 1950, 1.º de diciembre de 1965 y 8 de febrero de 1966, y en segundo término, porque aunque se hubiese señalado el modo o 'concepto' de la infracción del artículo 632 de la Ley Procesal, que se invoca como vulnerado, hay que tener en cuenta que este precepto no contiene una norma valorativa de prueba, sino que —como declaró la sentencia de 13 de abril de 1931— 'constituye sólo un elemento de ilustración para el juzgador, apreciable según su prudente arbitrio, y no una norma inflexible a la cual deba ajustarse su opinión', ya que, como también apostilla la sentencia de 28 de diciembre de 1961, no existe norma alguna que fije decisoriamente dicha apreciación.»

«Considerando que la desestimación del tercer motivo del recurso lleva consigo la de los primero y segundo, que se asientan precisamente en que el resultado del dictamen pericial, según los recurrentes, proclama la divisibilidad de las fincas objeto del pleito, conclusión que rechazan los juzgadores de Instancia en uso de las facultades que sobre la apreciación de la prueba pericial le corresponden, es decir, que en ambos motivos se hace supuesto de la cuestión, estimando como probado lo contrario de lo admitido por la sentencia recurrida, y sin haber demostrado, por oportuna vía, que era errónea esta apreciación.»

«Considerando que, en último término, la indivisibilidad, a que se refieren las normas contenidas en los artículos 401 y 406 de nuestro ordenamiento civil sustantivo, no es la material o física, que siempre cabe en todas las cosas, sino la indivisibilidad jurídica, que es aquella que al realizarse físicamente hace inservibles a su uso las fracciones resultantes—artículo 401 del Código civil—o produce un desmerecimiento de la cosa—artículo 404—, y así lo viene proclamando la jurisprudencia en repetidas sentencias—28 de diciembre de 1928, 30 de mayo de 1933, 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957—.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL HECHO DE QUE NO SE PARTICIPE EN UN DELITO DE USURA NO QUIERE DECIR QUE SE TENGA LA BUENA FE EXIGIDA POR EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Un usurero adquirió en condiciones leoninas una finca, que posteriormente vendió. El adquirente, a su vez, la donó a su hijo. En sentencia penal, el usurero fue condenado a tres años de presidio y se declaró nula la compra que hizo de la finca en cuestión. Los herederos de la primitiva vendedora demandan a los que adquirieron del usurero, quienes se

defienden alegando que son terceros protegidos por el principio de fe pública registral. Tal defensa es rechazada por estimarse que los demandados no reúnen el requisito de buena fe.

Doctrina de la sentencia.—En el ámbito penal, el delito de usura queda agotado desde que el contrato de préstamo o el que ocupe su lugar cuando es encubierto se concierta, que es cuando el propósito de lucro ilícito se consuma, y solamente eso es lo que está llamada a sancionar la sentencia penal, sin que en las consecuencias penales o civiles inherentes pueda incluir dicha sentencia a personas distintas de las que aparezcan como participantes en el delito; en el presente caso, los causahabientes de los demandados no han sido inculcados en el delito de usura, lo cual no quiere decir que ello purifique a sus títulos de toda posible consecuencia de la sentencia penal; en el presente caso no se ventila propiamente un problema de culpabilidad, sino de simple consecuencia del conocimiento de una situación determinada en relación con unos bienes que se adquieren de quien posee un título deleznable, que terminó por ser anulado, que es en lo que consiste la mala fe, o del desconocimiento de dicha situación, que encarnaría la buena fe indispensable para que pueda acogerse un adquirente a título oneroso a la protección dispensada por la ley al tercero hipotecario. Nada obsta a la posibilidad de que quien tenga conocimiento de unos hechos, que luego dan lugar a una denuncia y a una condena, antes que sean perseguidos y sancionados se prevalga de la situación creada y adquiera los bienes en cuestión sin necesidad de incurrir en participación delictiva, pero, eso sí, afrontando el riesgo de que, por el conocimiento de la situación, pueda afectarle la anulación del título de quien le transmitió los bienes por carencia de buena fe, o sea, el conocimiento que tienen los demandados de la situación real extrarregistral, que desembocó más tarde en la condena de usura.

Se imputa a la sentencia de Instancia contener pronunciamientos contradictorios, al decir que no puede pronunciarse sobre la nulidad de la escritura de donación de 17 de agosto de 1964 «porque no ha sido pedida», y se pronuncia, en cambio, acordando la nulidad de la inscripción en el Registro de la finca en cuestión a favor del donatario, y, en efecto, sería procedente acoger el motivo porque sin acordar la nulidad de la escritura de donación de don Darío o su hijo don Javier, aunque como adquirente a título gratuito no le alcance la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no es posible acordar ni la nulidad del asiento registral que la refleja ni las consecuencias de la devolución de la finca; ahora bien, consistiendo el error de la Sala, que acarrea la contradicción denunciada, del hecho de estimar que no está pedida por la parte actora la nulidad de la escritura de 17 de agosto de 1964, cuando en realidad, tanto del contexto de la demanda como de toda la actuación de la parte actora en ambas instancias y en la impugnación del recurso, se deduce la petición expresa de que sea declarada la nulidad de todas las escrituras que reflejan transmisiones habidas entre los codemandados, y como al subsanarse el error no se ha de modificar en lo esencial el fallo de la Instancia, con arreglo a una constante jurisprudencia de esta Sala, no procede la casación cuando de estimar el motivo se llegaría a la misma consecuencia a que llegó la Instancia.

LOS CREDITOS DOCUMENTARIOS SON UNOS CONTRATOS INNOMINADOS O ATÍPICOS DISTINTOS DE LOS CONTRATOS DE VENTA EN QUE PUEDAN ESTAR BASADOS (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Un comerciante español importó de Italia quinientas toneladas de oleínas de orujo de aceituna, cuyo pago se haría a través de la

«Banca Catalana, S. A.». Entre los documentos que se debían presentar al Banco para que éste efectuase el pago figuraba un análisis del grado de impurezas, pues según el porcentaje de las mismas se produciría un descenso del precio, también en un determinado porcentaje. El Banco pagó sin cerciorarse de este extremo, y el importador español demanda a «Banca Catalana, S. A.», por la diferencia de lo pagado en más. El Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria de la Audiencia y acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Los llamados créditos documentarios no están regulados en nuestro Derecho positivo, siendo, por tanto, un contrato innominado o atípico, que si bien debe juzgarse por analogía de los tipos contractuales más afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, en último término, por los principios generales del Derecho, ello será así en tanto en cuanto no baste para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes, ya que en el supuesto contrario, el contrato mismo es la primera ley para ellas, según disponen los artículos 1.091 y 1.225 del Código civil.

El crédito documentario litigioso, de cuyo contenido forman parte integrante los Usos y Costumbres Uniformes para créditos documentarios aprobados por la Cámara Internacional de Comercio, por así haberlo convenido las partes en el propio documento, en que se refleja el crédito documentario en cuestión, cuyos términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, por lo que ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas, conforme a lo prevenido en el artículo 1.281 del Código civil, y en su virtud es obligado concluir que el citado crédito documentario, relativo a una importación de quinientas toneladas brutas de orujo de aceituna, se otorgó con carácter irrevocable, siendo pagadero a la vista contra entrega de documentos, entre los que se incluye el certificado de análisis emitido por el Laboratorio Olli Grassi de Milán, el cual debe demostrar, entre otros extremos, el porcentaje de humedad, impurezas y oxiáceos, y como el Banco emisor pagó al beneficiario del crédito sin que éste le entregase el certificado del análisis comprensivo de los tres elementos exigidos, es manifiesto que incumplió el contrato, pese a lo cual la Sala de Instancia viene a purgar o purificar tal incumplimiento, sustancialmente por entender que el Banco emisor asumió la posición de simple comisionista en la operación de pago del precio de la compraventa y por relacionar, y en cierto modo vincular, el crédito documentario al contrato de compraventa en que está basado, sin tener en cuenta, de una parte, que la voluntad de los contratantes, tan completa y claramente manifestada al respecto en el crédito documentario, hacía improcedente recurrir a los preceptos legales que regulan el mandato y la comisión mercantil, habiendo de estarse, por el contrario, a lo convenido en el propio crédito documentario, y de otra parte, que, conforme a lo dispuesto en el apartado c) de las Disposiciones Generales y Definiciones y en los artículos 7 y 8 de los indicados Usos y Costumbres Uniformes para créditos documentarios, cuyas normas forman parte integrante del crédito documentario litigioso, como se ha dejado dicho, tales créditos son por naturaleza operaciones distintas de los contratos de venta o de otra índole en que puedan estar basados, debiendo los Bancos examinar todos los documentos con cuidado razonable para cerciorarse de que aparentemente estén de acuerdo con las cláusulas y condiciones del crédito, y todas las partes interesadas deben considerar los documentos y no las mercancías.

LAS CLAUSULAS PENALES, POR SU CARACTER PUNITIVO, DEBEN SER INTERPRETADAS RESTRINGIDAMENTE (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—«Hormigones Cavia, S. A.», concertó con los propietarios de unas canteras un contrato por el cual le suministrarían en exclusiva la producción de piedra caliza de las mismas. Tras un tiempo en que el suministro se efectuó normalmente, «Hormigones Cavia» se niega a recibir las piedras por no tener la calidad pactada. Los propietarios venden esas piedras calizas a unos terceros y «Hormigones Cavia» los demanda, exigiendo el pago de la cláusula penal por romper la exclusiva. No prosperó esta petición de la Sociedad actora.

Doctrina de la sentencia.—En materia de hermenéutica contractual tiene que ser de aplicación la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, constante y reiterada, a cuyo tenor ha de prevalecer la interpretación llevada a cabo por el juzgador sobre la particular e interesada de las partes, a menos que se demuestre que aquélla es ilógica, absurda o contraviene un precepto de ley, lo que aquí no sucede; antes al contrario, su bondad intrínseca se constata con la simple lectura de la cláusula discutida, que prevé dos supuestos para la entrada en juego de la indicada pena convencional: uno, el de que por causa imputable a los recurridos el suministro no alcanzase el mínimo de seis mil toneladas mensuales o setenta y dos mil anuales, y otro, si con la misma imputabilidad no se respetase la exclusividad de dicho suministro; siendo de destacar que si, como muy bien dice el Tribunal *a quo*, no se realizaron los suministros en la cantidad pactada e incluso se hicieron algunos a personas extrañas a la relación contractual, fue debido a que la Sociedad, actora en su día y recurrente en este proceso, se negó a recibir el material que se le ofrecía, que ciertamente no tenía la calidad pactada, pero sí la misma de todos los que aceptó desde la entrada en vigor del contrato, lo que justificaba que a fin de evitar las consiguientes pérdidas que pudiesen ocasionarse en otro caso, se efectuasen las relatadas transferencias a extraños que contravenían la exclusividad pactada, siendo ambas cosas ajenas a la imputabilidad exigida por el contrato; todo ello partiendo de la premisa fundamental a estos efectos de que la indicada calidad en que apoyó su actitud la recurrente en este recurso no fue tomada en consideración para el funcionamiento de la cláusula penal de que ahora se trata, y teniendo en cuenta la doctrina legal a cuyo tenor este tipo de cláusulas, dado su carácter punitivo, deben ser interpretadas restrictivamente.

No es de aplicar el artículo 1.282 del Código civil, que se dice interpretado con error, el cual sólo podrá ser tomado en consideración, según proclama la constante y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, cuando la intención de los contratantes no aparezca clara e indubitada, a lo que no puede equipararse la anuencia tácita e incluso consentir en la recepción de una mercancía no coincidente con la convenida, no mediando, como no consta que mediase, la expresa voluntad de modificar las cláusulas contractuales, por lo que quedó intacto el derecho de la Sociedad compradora de reclamar el exacto cumplimiento cuando lo estimase conveniente.

EL PAGO DE UNA PRIMA PARA OPTAR A UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NO ES ILEGAL CUANDO SE TRATA DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—En unas galerías comerciales de su propiedad, el demandado «traspasó» al actor un local de negocio, que aún no estaba en funciona-

miento, por trescientas mil pesetas, y luego le otorgó contrato de arrendamiento. El arrendatario demanda la nulidad del contrato de traspaso por inexistencia del mismo y por ilicitud de la causa, pero el Supremo desestima la demanda por considerar que se trata, más que de un traspaso, del pago de una prima o «guante», que no está prohibido respecto a locales de negocio.

Doctrina de la sentencia.—Al decir la ley que para interpretar los contratos hay que atenerse al sentido literal de sus cláusulas, no quiere decir, ni mucho menos, que los Tribunales al interpretar los contratos tengan que atenerse forzosamente al nombre que les den los contratantes; en el presente caso, los términos del contrato son claros, pero lo convenido entre las partes, como razona con toda precisión la Instancia, no encaja dentro del concepto de traspaso, porque no había habido instalación anterior de industria, sino de prima o prestación previa para optar al contrato de arrendamiento, lo que no es ilegal cuando de arrendamiento de local de negocio se trata, sobre todo cuando, en efecto, cumplida aquella prestación, se otorgó como primera instalación al arrendatario el local ofrecido.

En cuanto a la ilicitud de la causa: a la obtención de lucro o imposición de una carga, según el punto de vista que se mire, para poder optar a un contrato de arrendamiento, la ley, cuando de locales de negocio se trata, no opone ningún obstáculo, a diferencia de cuando se trata de viviendas, para cuyo caso el artículo 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos lo prohíbe.

LA APRECIACION DE SIMULACION HABRA DE FUNDARSE EN PRESUNCIONES QUE LLEVEN AL JUZGADOR A LA CONVICCION DE LA INEXISTENCIA DEL CONTRATO FIGURADO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La congruencia de la sentencia consiste en la conformidad entre ella y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y para comprobar si existe o no deben compararse los términos de la parte dispositiva con los contenidos de la súplica de los escritos de demanda y contestación, pero sin que el juzgador tenga que amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que basta que guarde acatamiento a lo sustancial de lo solicitado sin necesidad de emplear los mismos términos que usan las partes litigantes, siempre que resuelvan sus pretensiones. La congruencia de las sentencias guarda relación únicamente con las cuestiones oportunamente planteadas en los escritos de alegaciones fundamentales del litigio, y no con las modificaciones que se pretenden en los escritos de conclusiones.

La simulación rara vez da prueba directa de su existencia, dado el deseo de las partes en ocultarla y, por el contrario, habrá de fundarse en presunciones que lleven al juzgador a la convicción de la inexistencia del contrato figurado.

No cabe oponer a los hechos establecidos por el juzgador de Instancia el criterio particular del recurrente cuando es racional la admisión de aquéllos, incluso aun cuando quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud. Solamente podrán ser impugnadas con éxito en casación aquellas presunciones que resulten absurdas, ilógicas o inverosímiles.

LA PRUEBA PERICIAL QUEDA SOMETIDA A LA DISCRECIONAL APRECIACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Remitido el valor de la prueba de peritos, por el artículo 1.243 del Código civil, a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 632 dispone que los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que las reglas aludidas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación, quedando, en definitiva, sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del juzgador de Instancia.

Los preceptos administrativos en que funda cuál es el sujeto pasivo de la obligación de pago de la licencia municipal de obras, no pueden servir de base a la casación por infracción de ley.

LOS ARTICULOS 17, 24 Y 25 DE LA LEY HIPOTECARIA, QUE CONSAGRAN EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL, SOLO PUEDEN SER APLICADOS EN PRO DE QUIEN FUESE VERDADERO TERCERO HIPOTECARIO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—En el año 1907 se fundó una Comunidad para la explotación de unos montes. En 1959, dicha Comunidad, con ciertas irregularidades de forma, segregó unas parcelas y las vendió a una Sociedad, que las inmatriculó, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, al año siguiente, y las transmitió a otros adquirentes, que inscribieron. En 1961, los comuneros disidentes demandan la nulidad de la venta y posteriores enajenaciones, y anotan tal demanda preventivamente en el Registro. La demanda prosperó, pues se estima por el Supremo que los adquirentes no eran terceros protegidos, al no haber transcurrido los dos años que establece el artículo 207 de la ley.

Doctrina de la sentencia.—Carece de todo sentido, siendo improcedente, la pretensión de que una demanda dirigida contra una Sociedad Anónima tenga que serlo también contra todos y cada uno de los socios que la constituyen, pues demuestra un total desconocimiento de lo que legalmente significa la personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles, no ya las del tipo de Anónimas, de que aquí se trata, según la ley que regula su régimen jurídico, de 17 de julio de 1951, sino genéricamente para todas ellas, a tenor de lo preceptuado en el Código de Comercio e incluso en el civil, en el número segundo del artículo 35 del mismo.

Las aportaciones a una Sociedad, como muy bien dice el Tribunal *a quo*, dado su carácter traslativo y oneroso, pueden incluirse perfectamente dentro del término genérico de «enajenación».

Habida cuenta de que aquella primitiva compradora logra una primera inscripción con el procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y a virtud de lo dispuesto en el artículo 207 del propio texto legal, no podrá surtir efectos respecto de terceros hasta después del transcurso de dos años, es decir, en este caso, a partir de 1962, por lo que no puede estar en condiciones de alegar los referidos beneficios de la fe pública registral; en el motivo segundo denuncia violación de los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, que consagran jurídicamente el llamado principio de prioridad registral, preceptos que, según cuanto se acaba de decir, solamente podrían ser aplicados en pro del que fuese verdadero tercero hipotecario que primero inscribiese, pero nunca en fa-

vor de quien, como el que aquí lo alega, que trae causa de la relatada inmatriculación, inscribe antes del transcurso de los dos años exigidos por la ley, dentro de los cuales se produce la anotación preventiva de la demanda, que, consiguientemente, le priva de los susodichos beneficios, que son consustanciales con la indispensable buena fe.

Se denuncia interpretación errónea de los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria y 298 y 302 del Reglamento de la misma, por estimar que la limitación del transcurso de dos años, que establece el artículo 207 de aquélla, para que surtan efecto respecto de terceros las inmatriculaciones practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores, no es de aplicar en este caso, pues se está en presencia de la limitación contenida en el artículo 302 del segundo; motivo que ha de ser desestimado, porque a lo que se refiere este último precepto es a «las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos públicos anteriores a primero de enero de 1909», siendo así que la inscripción practicada en el caso que se contempla lo fue en virtud de la escritura de compraventa de 5 de mayo de 1959, por la que la «Comunidad de los Montes de Irta» vendió la finca inscrita en favor de la primera compradora, es decir, la «Sociedad Comercial e Industrial del Campo, S. A.», sin que a estos efectos pueda ser tenida en consideración para nada la fecha de constitución de la mencionada Comunidad.

NO LE ES DABLE A LA JURISDICCION CIVIL SUPLIR LAS DEFICIENCIAS QUE HAYAN PODIDO COMETERSE EN LOS PROCEDIMIENTOS SOMETIDOS A LOS JUZGADORES DE OTRA JURISDICCION
(SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—El demandado había atropellado con su coche a la actora, que sufrió graves lesiones y una incapacidad parcial para su trabajo. La jurisdicción penal siguió proceso contra el automovilista, quien fue condenado, entre otros pronunciamientos, a indemnizar a la perjudicada con la cantidad de setenta mil pesetas. Entendiendo que era muy pequeña tal indemnización, demanda la atropellada al conductor y a la Compañía de Seguros. La demanda no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que según la resolución judicial de esta Sala de 19 de febrero de 1973, la eficacia de la cosa juzgada civil dimanante de una sentencia condenatoria dictada por la jurisdicción criminal puede tener un límite temporal, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cuando el curso cronológico de las lesiones sobrevenidas como consecuencia de un hecho delictivo muestre la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, no lo es menos que para que tal efecto se produzca es menester que este nuevo daño o agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal, puesto que de otra forma, y conforme a la doctrina sentada por esta Sala, las disposiciones contenidas en el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 1.092 y 1.093 del Código sustantivo, impiden a la jurisdicción civil entrar en conocimiento de lo ya juzgado por los Organos judiciales primitivos, y como en el presente caso se declara probado en la resolución que se impugna que la artrosis en la articulación de la cadera izquierda que padece la recurrente, como consecuencia del atropello de automóvil de que fue víctima, y que constituye la causa de la reclamación formulada en el proceso de que estas actuaciones dimanen, fue tenida en cuenta en el informe de sanidad emitido y por la sentencia penal a efectos de fijar la indemnización por daños y perjuicios

que debió satisfacer el autor del delito, y como, además, a los Tribunales de la Jurisdicción Civil no les es dable suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procedimientos sometidos a los juzgadores de otra Jurisdicción y orden, con facultades que les son privativas, de ahí que en este caso concreto no existan términos hábiles para exigir, en el presente juicio, una responsabilidad que no se invocó en el momento procesal oportuno.

EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL, POR SU GRAN GENERALIDAD, NO PUEDE SERVIR DE BASE A UN RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—No puede prosperar el motivo segundo, por violación del artículo 1.214 del Código civil, porque según tiene declarado reiteradamente esta Sala—sentencias de 2 de marzo de 1956, 29 de abril de 1958 y 3 de octubre de 1959, entre otras—es un precepto de gran generalidad, y por ello inadecuado para servir de fundamento a un recurso como el presente, salvo que se invierta improcedentemente la carga de la prueba, que no se ha efectuado en el caso de autos, porque la justificación del hecho impeditivo de la no terminación de las instalaciones en la fecha de la demanda incumbía, como tal, acreditados los hechos constitutivos, a la parte recurrente, que no lo probó.

PRESUNCIONES: POR EL HECHO DE ESTAR MECANOGRAFIADO UN DOCUMENTO EN EL DOMICILIO DE UNA PARTE, NO PUEDE DEDUCIRSE LA CONFORMIDAD DE ESTA (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—En el sentir de ambas sentencias de Instancia, aunque el documento controvertido no aparece firmado por las partes que intervinieron, del hecho de haberse mecanografiado en el domicilio de los demandados ha de presumirse, dicen las sentencias, que habían éstos prestado su consentimiento. En el recurso se impugna el pago de la cifra que proclama como debida la Instancia, por aplicación indebida del artículo 1.253 del Código civil, que habla de las presunciones, y es procedente acogerlo, en cuanto alega con pleno fundamento que del hecho de estar mecanografiado en el domicilio del demandado un proyecto de arreglo, que hubiera puesto fin a la contienda entre los litigantes en lo relativo a la liquidación de cuentas, no puede deducirse la conformidad de los demandados con las cifras que en dichos documentos se consignan.

ES RESPONSABLE EL CONDUCTOR DE UN VEHICULO QUE CON SU ANTIRREGLAMENTARIO COMPORTAMIENTO PROVOQUE UNA COLISION ENTRE DOS, AUNQUE EL NO CAUSE DIRECTAMENTE EL DAÑO (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—Un coche «Simca», no identificado, verificó un adelantamiento antirreglamentario a un camión. En dirección opuesta circulaba un «Morris», que ante la inminencia del choque dio un brusco bandazo a la derecha perdiendo el control del vehículo, que finalmente invadió el lado

izquierdo de la carretera y colisionó con un «Renault». El Fondo Nacional de Garantía es condenado a indemnizar, y el recurso del Abogado del Estado es rechazado.

Doctrina de la sentencia.—Se pretende razonar que el vehículo «Simca» desconocido, que con su adelantamiento inadecuado obligó al «Morris» a efectuar la maniobra que produjo los daños, no causó directamente daño alguno y por ello está fuera del precepto contenido en el artículo primero de la ley; mas al razonar así se desconoce el aforismo jurídico de que el que es causa de la causa es causa del mal causado, y efectivamente declarado probado por la Sala de Instancia que dicho adelantamiento fue el que provocó los daños causados por el otro coche, es evidente la responsabilidad directa del conductor del «Simca», y no habiéndose hallado al mismo, la del Fondo Nacional de Garantía, por lo que el motivo debe perecer.

Tampoco puede prosperar el segundo motivo, en el que se denuncia incongruencia, puesto que aun cuando en el suplico de la demanda se insta la condena subsidiaria del Fondo de Garantía, dicha subsidiariedad se refiere al conductor del «Simca» desconocido y no al resto de los codemandados, y, por tanto, la sentencia no da más de lo pedido.

NO PUEDE EJERCITARSE LA ACCION CIVIL SINO DESDE EL MOMENTO EN QUE CESO LA ACTIVIDAD PROCESAL DE LA JURISDICCION (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Un automovilista perdió el control de su vehículo y se salió de la calzada, atropellando a un topógrafo que trabajaba al borde de la carretera. El perjudicado y la Compañía para la que aquél trabajaba demandan al conductor y a la Aseguradora. La defensa de los demandados, basada en la prescripción de la acción, no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia la violación del artículo 1.968 del Código civil, según el cual las acciones derivadas del artículo 1.902 del mismo Código prescriben por el transcurso del plazo de un año; pero establecido por la sentencia recurrida, y no combatido en el presente recurso, que las actuaciones de índole criminal o penal que procedieron sobre el hecho que motiva el presente proceso de responsabilidad civil derivaron de un juicio de faltas, no celebrado por haberse dictado en 14 de mayo de 1972 auto de sobreseimiento libre de las actuaciones, como consecuencia de la aplicación del Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971, es evidente, cual sostiene la sentencia recurrida, que la demanda planteada en el presente juicio, presentada con fecha 8 de enero de 1973, lo fue cuando aún no había transcurrido el plazo de un año que determina el artículo 1.968 del Código civil para la prescripción de las acciones ejercitadas al presente, pues con independencia de la fecha a partir de la cual pudiera ser aplicado el indulto, no puede considerarse expedito el cauce para el ejercicio de la acción civil sino desde el momento en que cesó la actividad procesal de la jurisdicción penal.

EXCEPCION «NON ADIMPLETI CONTRACTUS» (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Deben desestimarse los motivos en que se alega interpretación errónea del último párrafo del artículo 1.100 y viola-

ción del 1.101, los dos del Código civil, porque para justificar tanto el posible ejercicio de la excepción *non adimpleti contractus* contenida en aquél, como la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el segundo, hubiera sido absolutamente preciso demostrar el incumplimiento de las obligaciones que incumbían a la entidad vendedora, lo que no se ha hecho en el presente caso.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: NO ES APLICABLE A ESTE EL PRINCIPIO GENERAL DE LA MANCOMUNIDAD SIMPLE DE LAS OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—En cuanto a la obligación originada por el enriquecimiento sin causa, los fundamentos tenidos en cuenta para el caso particular del cobro de lo indebido, en las sentencias de esta Sala de 23 de diciembre de 1903 y 20 de mayo de 1959, se pueden generalizar al enriquecimiento injusto y entender, con arreglo a ellos, que no es aplicable a éste el principio general de la mancomunidad simple de las obligaciones, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del enriquecimiento sin causa impone la necesidad del total reintegro al empobrecido, en cuanto sea dable, sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse, contingencias que deben recaer, en todo caso, sobre los que se enriquecieron torticeramente a costa ajena.

COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO: NO ES POSIBLE APRIORISTICAMENTE ADOPTAR UNA ACTITUD NEGATIVA FRENTE A ESTE CONTRATO. HECHOS QUE SE REPUTAN COMO PREMISAS DE UNA POSIBLE PRESUNCION DE EXISTENCIA DE UNA ESTRUCTURA FIDUCIARIA (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La figura contractual de la compraventa con pacto de retro, que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta fácilmente a encubrir negocios usurarios y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser un semillero de fraudes y pleitos, tiene, sin embargo, su justificación en la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.255 del Código civil y puede obedecer, sin duda, a razones perfectamente respetables, compaginando, por ejemplo, la necesidad de vender, sin más complicaciones, para disponer del precio, con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de la situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo 1.507 del Código civil, y, por tanto, lo procedente cuando el problema se plantea, es comprobar, por el resultado de la prueba, si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquél, valorando los hechos que demuestren ésta o la hagan presumir racionalmente, sin perder de vista que, como dijo la sentencia de 3 de mayo de 1955, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos en relación con los que puedan encubrir, pues la fe o confianza se conjugan con mayor o menor intensidad en toda la

contratación, y en el negocio fiduciario ha de adquirir rango superlativo como clave o nota dominante en el concierto de voluntades que constituyó la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato.

Los hechos que normalmente reputan la doctrina y la jurisprudencia como premisas de una posible presunción de existencia de una estructura fiduciaria *cum creditore* se caracterizan: a) por la existencia de un contrato complejo integrado por otros dos interdependientes, uno real, de transmisión plena del dominio, la compraventa con su correspondiente atribución patrimonial eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido entre partes, que constriñe al comprador al uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate y consiguiente deber, en otro caso, de indemnizar daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiducia, que presta soporte también a la compraventa en función de garantía a los contratantes; b) por una evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido de mera garantía de un préstamo; c) por haber, en fin, la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario si éste procede deslealmente, bien creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción, y d) por el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica del préstamo con afianzamiento, prevista en el ordenamiento jurídico.

ERROR: REQUISITOS PARA QUE VICIE EL CONSENTIMIENTO (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el error constituye una causa invalidatoria del consentimiento, conforme se dispone en el artículo 1.266 del Código civil, no lo es menos que para que tal efecto se produzca es indispensable que el mismo sea sustancial, no imputable al que lo alega en su favor; que derive de hechos desconocidos para quien lo prestó, sin que sea suficiente con el que pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia, y que se acredite suficientemente en las actuaciones. La apreciación de la existencia de estos requisitos corresponde a los Tribunales de Instancia.

LA RENUNCIA DE UN DERECHO, QUE ES UN ACTO PERSONALISIMO, NO PUEDE FUNDARSE EN EL MERO RETRASO DE SU EJERCICIO (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—En la técnica jurídica se entiende por renuncia, en su significado propio, aquella manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona; definición en la que hay que destacar el elemento subjetivo de la declaración de voluntad y el objetivo de que la renuncia es un acto de disposición que provoca la desarticulación de un derecho de la persona de su titular, razón por la cual el Tribunal Supremo ha declarado que es condición necesaria que las renunciaciones sean personales y no fundadas sobre deducciones de actos indeliberados de otras personas, y en cuanto a los elementos formales, si bien es cierto que la renuncia no tiene una forma determinada para efectuarse, pudiendo ser expresa o tácita, tiene que ser siempre clara, terminante e inequívoca,

como expresión indiscutida del criterio de voluntad determinante de la misma, tal como ha reiterado este Tribunal.

Según la doctrina expuesta, no puede fundarse la renuncia de un derecho en el mero retraso en su ejercicio.

CONGRUENCIA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—El principio jurídico-procesal de la congruencia supone una relación de conformidad y concordia entre las pretensiones deducidas en los escritos iniciales del pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial que le ponga fin, de suerte tal que ésta habrá de ajustarse no sólo a los pedimentos relacionados con la acción ejercitada por el actor, sino también a los que atañen a las excepciones opuestas por el demandado.

Se denuncia la infracción del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no puede prosperar este motivo porque ni ese precepto, por su carácter estrictamente procesal, es susceptible de un recurso de casación en el fondo, ni las declaraciones consignadas en una sola resolución judicial constituyen jurisprudencia a los fines pretendidos por la parte recurrente.

Es el suplico y no los hechos y fundamentos de derecho, que le sirven de premisa, lo que debe tenerse en cuenta por los Tribunales a efectos de la congruencia.

ARRENDAMIENTO: LO ES DE LOCAL DE NEGOCIO Y NO DE INDUSTRIA CUANDO LOS ELEMENTOS QUE SE CEDEN ESTEN FALTOS DE UNA ORGANIZACION INDUSTRIAL CON VIDA PROPIA (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La cuestión sometida a la consideración de esta Sala consiste en distinguir el arrendamiento de industria o negocio, del arrendamiento de locales destinados por el arrendatario al establecimiento de su propio negocio o industria, cuando tales locales cuenten con instalaciones aptas para la explotación de la industria o negocio disponiendo para resolver este problema de la definición del arrendamiento de industria contenida en el párrafo primero del artículo tercero de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, concebido por la jurisprudencia como el de un complejo o universalidad de elementos materiales conectados y adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinado a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente, y además de una singular norma hermenéutica incorporada a la propia ley en el párrafo segundo del propio artículo tercero, cuyo sentido jurídico, según la doctrina legal de esta Sala, es el de someter al régimen de la Ley Especial los supuestos en que el arrendador cede el uso o disfrute de locales de negocio, juntamente con otros elementos que, por muy importantes que sean, estén faltos de una organización industrial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, lo que sucederá cuando se trate de elementos desarticulados e inertes o inconexos, y de valor independiente o insuficientes y no debidamente coordinados, no aptos por sí solos para obtener una finalidad industrial, aunque susceptibles de ser utilizados en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para instalar en el local arrendado un negocio o industria que él crea y que al celebrar el contrato no existía.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: LA INCLUSION DE UNA FINCA EN EL PLAN GENERAL DE ORDENACION CON LA CALIFICACION URBANISTICA DE RESERVA HACE QUE NO HAYA LUGAR A LA PRORROGA DEL ARRENDAMIENTO QUE DE LA MISMA COMO RUSTICA SE HABIA HECHO Y DA LUGAR AL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1975).

Doña Aurelia Vila arrendó a don Narciso Ferrer una finca el 10 de abril de 1960, arrendamiento que concluiría el 24 de diciembre de 1965, a partir de cuya fecha se prorrogaba de año en año hasta que una de las partes no avisara a la otra con un año de antelación.

Hecho el requerimiento oportuno por la arrendadora—oponiéndose a la tácita reconducción—para el desalojo de la misma, se opuso a ello don Narciso, ante lo cual entabla demanda doña Aurelia, al amparo del artículo 1.569-1.º del Código civil, alegando además en la misma que dada la situación especial de la finca arrendada, incluida en una zona turística de primer orden, tiene un valor en venta que duplica, por lo menos, el precio normal que en el mercado inmobiliario corresponde a las de su misma calidad y cultivo—*artículo 2.º-2-3.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos*—, aparte de que la finca arrendada está enclavada en zona de ensanche o extensión del núcleo urbano de Montrás, afectada por el Plan de Ordenación de dicha población, calificada como de Reserva Urbana edificable—*art. 2.º-2-1.º del citado Reglamento*.

El Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal desestima la demanda, sin expresa condena en costas, e interpuesto recurso de apelación por la actora ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, obtiene sentencia favorable, dando lugar al desahucio del demandado.

Interpone recurso de revisión don Narciso ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, fundándose en el artículo 52-4, 3.º, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, el cual es desestimado, porque al acreditarse en autos por certificado del Ayuntamiento respectivo que la finca objeto del litigio está incluida en el Plan General de Ordenación con la calificación urbanística de reserva, concurren en ella los requisitos y condiciones determinados en el precepto que se invoca, como erróneamente interpretado, para privarla de su carácter rústico y excluirla de la aplicación de las normas contenidas en la legislación especial, al declarar fuera de su ámbito a las tierras comprendidas en las zonas y planes de ensanche de poblaciones cuando por su proximidad a éstas tengan un valor en venta que duplique, por lo menos, su precio normal, dato este último de la plusvaloración también probado.

DECLARADA LA EXISTENCIA DE PRORROGA LEGAL DE UN ARRENDAMIENTO RUSTICO, LAS CANTIDADES PAGADAS POR EL ARRENDATARIO POR CUENTA Y ENCARGO DEL ARRENDADOR DAN DERECHO A COMPENSARLAS CON EL PAGO DE LA RENTA CORRESPONDIENTE (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1975).

CON LA SOLA Y GENERICA INVOCACION DEL ARTICULO 524 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS NO QUEDA SATISFECHA POR LA PARTE LA CARGA PROCESAL QUE A ESTA FINALIDAD LE VIENE IMPUESTA CON EL FIN DE QUE LA SALA PUEDA CONOCER, CON LA PRECISION QUE NECESITA PARA DECIDIR CON ACIERTO, EL CONTENIDO DEL RECURSO (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1975).

Doña Juliana García arrendó a don Pedro Alonso varias fincas rústicas, iniciándose la relación contractual el 1 de octubre de 1965 y estipulándose un plazo de duración de seis años. Para la resolución del mismo se pactó que cualquiera de las partes podía denunciarlo con un año de antelación y, en todo caso, antes del día 30 de marzo del quinto año, debiendo entregar el arrendatario la posesión de las fincas en el mes de septiembre del sexto año de su vigencia. La arrendadora con un año de antelación instó acto de conciliación para denunciar la vigencia del contrato, dando por rescindida la continuación del mismo. Como el arrendatario no abandonó las fincas, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Briviesca, la cual fue estimada y confirmada más tarde por la Audiencia Territorial de Burgos.

El arrendatario interpone recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al amparo del artículo 524.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, precepto que invoca en términos genéricos; recurso que es rechazado porque, como dice la sentencia en uno de sus considerandos, si bien le será suficiente a la parte recurrente con alegar, en amparo de su recurso, uno o varios de los cuatro motivos que enumera el artículo 524.º del citado Reglamento, sin necesidad de acudir supletoriamente a la extraordinaria casuística que contienen los artículos 1.692 y 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es menos cierto que con la sola y genérica invocación no queda satisfecha por la parte la carga procesal que a esta finalidad le viene impuesta con el fin de que la Sala pueda conocer, con la precisión que necesita para decidir con acierto, el contenido del recurso, extremo que logrará, si se trata de quebrantamiento de formalidades procesales, poniendo de relieve la norma conculcada, el momento en que lo ha sido y el agotamiento infructuoso de los recursos con los que ha tratado de impedir la indefensión, y si se trata de otro tipo de infracciones, ocasión y características de las mismas, elementales exigencias incumplidas en el escrito de formalización de este recurso, con lo que se hace imposible a la Sala conocer los temas válidos que se someten a su decisión.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO POR PRECARIO: LOS JUZGADOS COMARCALES Y MUNICIPALES SON LOS COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE DESAHUCIO POR PRECARIO (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1975).

D. Mehedi Mohamed adquirió en traspaso un local de negocio destinado a baño moruno en Melilla y permitió a su madre, doña Yamina Amar, habitar en el local y explotar el negocio. Como ésta se negara a abandonarlo entabló demanda contra la misma ante el Juzgado de Primera Instancia de Melilla, solicitando se condene a la demandada al abandono del local y dejarlo a disposición del actor. Se opone a ello doña Yamina alegando que está en posesión del negocio a título de dueña, que el dinero

invertido en la adquisición del mismo fue suyo y que a su cargo corre el arriendo del local y los gastos de personal y demás que se causan. El Juez de Primera Instancia de Melilla desestima la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Territorial de Granada.

Interpone recurso de casación la demandada alegando inadecuación del procedimiento de desahucio cuando existen relaciones complejas entre los litigantes, cuyo tratamiento ha de buscarse por la vía del juicio ordinario con las debidas garantías de defensa e información que exige el procedimiento declarativo. El Tribunal Supremo declara nulo lo actuado en ambas Instancias, ya que el proceso tramitado, del que deriva el recurso, ha sido el de desahucio, basado en la situación de precarista de la hoy recurrente, clase de proceso que anteriormente a la Ley de 23 de julio de 1966—por la cual fue reformada la Ley Civil Procesal en lo referente a la competencia de los Juzgados Comarcales y Municipales, entre otras materias—era de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, pero que desde la vigencia de la misma está atribuida a aquéllos, y así se expresa en la exposición de motivos de dicha ley, estableciéndose en el artículo 1.562 reformado la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer de los juicios de desahucio, en los supuestos consignados en el mismo, entre los cuales no figura el de precario.

F. O. R.

V. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS.—*Medios de prueba* (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1976).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con base a las siguientes consideraciones, de las que se deducen claramente los hechos que motivan el litigio:

Considerando que el problema que a la casación plantea el presente recurso gira en torno de la obligación impuesta al actor, por los artículos quinientos tres y quinientos cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de presentar con la demanda, origen del pleito, tanto el documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante represente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro transmitido por herencia o por cualquier otro título, hipótesis referente a la legitimación para comparecer en juicio aludida en el artículo quinientos tres, así como el documento o documentos en que la parte funde su derecho (artículo quinientos cuatro); proponiéndose dicha cuestión en el recurso porque, en contradicción con la sentencia de Primera Instancia, la sentencia de segundo grado, a través de un confuso razonamiento donde se mezclan las consecuencias de las hipótesis anteriormente aludidas, produce un fallo por el que se acuerda no entrar en el fondo de la cuestión debatida en el pleito por dar acogida a la excepción planteada como dilatoria, al amparo del artículo quinientos treinta y tres, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la parte demandada, antes de contestar a la demanda, la que, por otra parte, ya había sido resuelta por la propia

Sala en apelación del incidente, por auto de diez de abril de mil novecientos setenta y tres.

Considerando que, como dice, en relación a los artículos quinientos tres y quinientos treinta y tres, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras, la sentencia de esta Sala de veintisiete de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor debe prosperar únicamente cuando se da la carencia de su capacidad procesal por estar incurso en las incapacidades del artículo segundo de la Ley Procesal Civil o cuando concurre la falta de justificación del carácter o de la representación con que reclama, artículo quinientos tres; pero no cuando lo que se invoca es la no justificación de la pretensión a través de los documentos que debieron presentarse y no se presentaron con la demanda (art. quinientos cuatro): problema de fondo a resolver en la sentencia con denegación, en su caso, de la pretensión; en el presente caso, en lo que al artículo quinientos tres se refiere, la actora, con capacidad civil no discutida, comparece por medio de Procurador con poder bastante, y como justificación del carácter con que comparece, alega su parentesco con el último titular de la merced que se reclama, para probar lo cual presenta su partida de nacimiento y la de matrimonio de sus padres, por certificación literal de dichos documentos que existen en el Ministerio de Justicia, precisamente en el expediente de rehabilitación a favor del padre del demandado, del título que se reivindica; documentos que revisten, sin duda, el carácter de públicos (párrafo tercero del art. quinientos noventa y seis de la Ley Adjetiva), si bien para que sean eficaces en juicio, cuando son impugnados por la contraparte, habrán de ser cotejados con los originales (art. quinientos noventa y siete), y es por ello por lo que la parte actora, al ser puesta en duda la autenticidad, no sólo los adveró, mediante diligencia de cotejo, conforme a lo prescrito en el artículo quinientos once de la Ley Procesal, lo que por sí solo sería suficiente para acreditar la personalidad del actor, a los efectos del artículo quinientos tres, sino que además aportó las partidas originales con el escrito de réplica, siendo admitidos por el Juez en su providencia de veintiocho de junio de mil novecientos setenta y tres, sin protesta de la otra parte; documentos a los que la Instancia ha negado todo valor probatorio al efecto, así como tampoco lo ha concedido a los demás documentos, alusivos a la justificación de la pretensión deducida en la demanda, los cuales han sido igualmente cotejados; pronunciamientos contra los que se alza el segundo motivo del recurso, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de error de derecho por violación de los artículos mil doscientos dieciséis y mil doscientos dieciocho, alusivos al valor de los documentos públicos.

Considerando que aunque es cierto que el artículo cincuenta y tres del Código civil dice que los matrimonios contraídos después de regir el Código civil se probarán sólo por la certificación del acta del Registro Civil, y aunque el artículo ciento quince del mismo cuerpo legal diga que la filiación de los hijos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro Civil, es igualmente indudable que cuando no es que se recurra a los medios sustitutorios de prueba, a los que se refiere el artículo trescientos veintisiete del Código civil para el caso de que no existan aquéllas o hubiesen desaparecido, sino que en los documentos presentados se copien dichas partidas literalmente bajo fe pública, la copia ha de tener igual fuerza probatoria que el propio documento copiado, a los efectos de los artículos cincuenta y tres y ciento quince del Código civil, salvo sentencia de falsedad pronunciada por Tribunal competente; la parte, al presentar los documentos públicos que referidos quedan con la demanda, hizo la designación, a los efectos de cotejo, caso de ser impugnada su autenti-

ciudad, de los Archivos donde estaban depositados, y sobrevenido el evento, fueron debidamente cotejados, como consta en autos, por lo cual, practicada dicha diligencia ha de concedérsele toda la eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos públicos, y al no hacerlo así la Instancia ha incurrido en el defecto que se denuncia en el motivo segundo del recurso, que merece ser acogido.

Y en la segunda sentencia confirma íntegramente la dictada por el Juez de Primera Instancia número trece de Madrid.

LEGITIMA EN CATALUÑA: SU DETERMINACION.—COLACION.—Artículo 129 de la Compilación (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1976).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juez de Primera Instancia número 18 de dicha ciudad, por entender que ejercitada la acción de petición de legítima y partición de herencia debe demandarse a todos los legitimarios, incluso al que hubiese sido apartado de la herencia por el testador en razón a las donaciones ya recibidas del mismo y aun en el supuesto de que no haya reclamado contra tal imputación de las donaciones en su legítima, y de no hacerlo así existe falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Los fundamentos de la sentencia son los siguientes:

Considerando que las demandantes, doña M. y doña E. B. S., promotoras del litigio de que deriva el presente recurso, exponían en su demanda: a) que son legitimarias del causante, don A. B. S., que había fallecido dejando instituida heredera a su esposa, doña N. S. C.; b) que del referido matrimonio habían nacido tres hijos, actualmente vivos, que eran las dos demandantes y su hermano don J., a algunos de los cuales su padre, en vida, les había hecho diferentes donaciones, que señalaban, y las cuales tenían que ser relacionadas y sumadas al caudal relicto existente al fallecimiento de dicho causante para poder determinar el montante de la herencia partible; c) que de este montante tiene que deducirse la cuarta parte para formar la legítima y poder determinar el importe de lo que a cada una de las referidas demandantes les correspondía, por lo que terminaban solicitando se dictase sentencia que condenase a la aludida demandada, doña N. S., a que haga entrega a cada una de las demandantes de la cantidad que por legítima les corresponda, cuyo importe será determinado en período de ejecución de sentencia, con cargo a los bienes relictos por su difunto padre, don A. B. S., bien cediéndoles la parte de propiedad de los bienes inmobiliarios que correspondan, bien su valor en dinero, así como los intereses de dichas porciones legitimarias, computados a partir del momento de la muerte del causante.

Considerando que frente a dichas pretensiones, la demandada, a su vez, opuso: a) que la demanda tiene por primer objeto provocar la formación de inventario contradictorio de los bienes relictos que pretenden conocer las actoras; pero, pese a ello, no tenía inconveniente en pasar a relatar los hechos que creía de utilidad a los fines de su defensa; b) que los bienes expresados en el inventario eran los mismos por los que se había satisfecho el correspondiente impuesto sucesorio; c) que no era admisible en Derecho que la fijación contradictoria de la legítima se le pidiera, con la ausencia de otro acreedor legítimo, por legítima o por complemento de la misma, y d) que la conducta procesal de las actoras, desde el acto de

conciliación hasta la demanda, señalando como computables bienes propios y apartar al otro legitimario constándoles la necesidad de su presencia en autos, constituyen actos para los que la ley señala la sanción de las costas, por lo que terminaba solicitando se dictase sentencia que no diese lugar a las pretensiones formuladas por las actoras, en tanto que lo han sido en forma procesal nula y contraria a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, absteniéndose de fallar sobre el fondo del derecho material de aquéllas, y con reserva a las mismas de los derechos materiales que intenten hacer valer en forma procedente.

Considerando que la sentencia de primer grado estimó la excepción del litisconsorcio pasivo necesario y absolvió en la Instancia, sin entrar a conocer del fondo de la demanda interpuesta contra doña N. S., interpuesta por sus hijas, doña M. y doña E. B. S., sin expresa imposición de costas, fundándose para ello: a) en que en la demanda se señalaban determinados bienes que debían «colacionarse» en concepto de donaciones hechas por el causante a su hermano don J., a fin de poder determinar la legítima correspondiente a las citadas actoras, pero sin que, a pesar de ello, fuese demandado su indicado hermano, por lo que la demandada, al contestar, formuló la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; b) que los Tribunales tienen que velar para que el litigio se ventile con todos los que claramente pueden resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, ya que el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados—sentencias de treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta, veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y seis, veinte de noviembre de mil novecientos setenta—, y c) que cuando no son llamados a juicio todos los que deben serlo, se tiene que «sobreseer en la Instancia, de acuerdo con el número cuarto del artículo quinientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin entrar en el fondo del asunto, estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario».

Considerando que la sentencia de segundo grado, aceptando los fundamentos de la del Juzgado, la confirmó íntegramente, puntualizando: a) «que si ciertamente las actoras..., al ejercitar su acción en reclamación de la legítima en la herencia paterna contra su madre..., como heredera testamentaria, sólo postulan se condene a dicha heredera a que haga entrega a cada una de las accionantes de lo que por legítima pueda corresponderles, dejando la determinación de su importe para el período de ejecución de sentencia, no es menos cierto que tal pretensión lleva implícita, por normas que regulan el derecho material que se pretende hacer valer, declaraciones sobre un valor patrimonial que no es fijado en forma exclusiva por el *relictum*, o sea, el valor de los bienes existentes en la herencia al tiempo de fallecer el causante—deducidas las deudas...—»; b) que si ello no fuera así podría «quedar definido y delimitado con exclusiva intervención de la heredera y de algunos de los legitimarios», pero lo que ya no es factible es que la determinación del otro factor que interviene y es exigible en la fijación de la legítima—el *donatum*, que debe agregarse al *relictum*—queda relegado a la discusión entre la heredera y sólo algunos de los legitimarios, sin intervención de quien, siendo igualmente legitimario, se le deshereda o aparta de la herencia con la simple manifestación del testador de que «nada le haga porque ya le ha donado bienes más que suficientes para pagarle los derechos legitimarios»; c) «que ello requería la calificación de si hubo realmente por parte del donante, que no las especificó, atribuciones patrimoniales a dicho legitimario... que entrañan donación, y en su caso, cuál fuera su cuantía y valor determinado, conforme a lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo ciento veintinueve de la Compilación del Derecho civil vigente en Cataluña, sin olvidar el interés de este legitimario frente a la propia heredera..., en relación con la

presunción muciana, conforme al artículo veintitrés de la Compilación»; d) que, «por tanto, concurre en el litigio el consorcio pasivo necesario, y su falta ha de ser estimada, incluso de oficio, por el juzgador, doctrina legal que es referenciada en la sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho, que estimó la necesidad de traer al litigio a todos los herederos de la causante de la herencia, por instarse declaraciones sobre el valor particional que la actora pretendía», y e) que a ellos «no empece... la circunstancia de que se considere al legitimario de Derecho foral de Cataluña como acreedor de una *pars valorum bonorum* de la herencia determinada, en la forma que preceptúa el artículo ciento veintinueve de la Compilación, ni el hecho de que no se postule declaración alguna sobre el carácter y calidad de los bienes que deben colacionarse a efectos de su valoración, puesto que, en definitiva, se pretende obtener sobre esos bienes un valor particional o partible entre todos los que ostentan el carácter de herederos forzosos o legitimarios del causante».

Considerando que contra la referida sentencia levantan los demandantes el presente recurso de casación, integrado por seis motivos diferentes, de los cuales en realidad pueden agruparse los números primero y segundo, que verdaderamente plantean una sola cuestión, la cual es la relativa a la alegada innecesariedad de convocar al procaso originado de este recurso al otro legitimario, don J. B. S.; en tesis de las recurrentes: a) «la sentencia que se dicte no afecta al expresado legitimario-donatario y no le es aplicable la doctrina legal del litisconsorcio pasivo necesario, contenida en las sentencias invocadas en el presente primer motivo del recurso, que resuelve problemas distintos al aquí planteado»; b) el obligado al pago de la legítima o sujeto pasivo es el heredero, y el sujeto activo para reclamar la legítima son los legitimarios recurrentes, por lo que—según dicha tesis—no hay obligación de demandar más que a la heredera; c) que para determinar el importe de la legítima, el legislador establece unas normas claras en el artículo 129 de la Compilación; d) que como no se atacaran por inoficiosas las donaciones que hizo el causante al legitimario don J. B. ni se combate su validez, no hay por qué traerlo a juicio, y e) que el artículo ciento cuarenta de la Compilación—que prohíbe el juicio de testamentaria—, el ciento veintinueve—que señala las normas que han de regir para la determinación de la legítima—y el ciento treinta y siete—que faculta a la heredera para pagar en bienes o en dinero de la herencia—revelan el propósito del legislador de proteger el patrimonio del causante frente a las actuaciones judiciales que harían peligrar su integridad, para que el heredero no se vea obligado a concurrir en un juicio donde todos los herederos forzosos puedan discutir y valorar el caudal relicto, limitando la reclamación de la legítima a la observancia de los requisitos del artículo ciento veintinueve, que excluye toda posibilidad de intervención de los demás legitimarios no reclamantes.

Considerando que en realidad la propia argumentación de las recurrentes, lejos de desvirtuar los acertados razonamientos de la sentencia recurrida, los corrobora, porque el precepto fundamentalmente alegado—artículo 129 de la Compilación—de forma taxativa ordena que al «valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante», se «añadirá el de los bienes que hayan sido donados por el causante», especificando cómo se ha de hacer esta valoración, es decir, que dispone que para determinar el valor de la legítima hay que tener en cuenta dos partidas diferentes, a saber: el importe del caudal relicto y el importe del donatario, cantidades ambas que forman el haber partible y que no pueden fijarse a espaldas y con ausencia de ninguno de los legitimarios, que forzosamente habían de resultar afectados por aquella fijación de la suma total, en la cual les corresponde una parte proporcional, que ya pudieron

obtener por vía de *donatum* o que pueden completar ejercitando su acción legitimaria.

Considerando que, a mayor abundamiento, la prohibición del juicio de testamentaria no puede eliminar la intervención de los legitimarios en la formación del inventario de los valores en dinero que integran el haber partible, ya que lo contrario sería dejar al arbitrio exclusivo del heredero la determinación del *quantum* de la legítima de los que a ella tienen derecho.

Considerando que, por tanto, si realmente había necesidad de convocar al proceso al legitimario ausente, don J. B. S., resulta evidente que la sentencia, que así lo estima y, consiguientemente, declara que existe un litis-consorcio pasivo entre varias personas, de las cuales no todas están en el proceso, que impide declarar constituida regularmente la relación jurídico-procesal y obliga a abstenerse de faltar sobre el fondo del litigio, no incurre en incongruencia, pues resuelve lo único que podía resolver: que existe un óbice personal que veda conocer y decidir el fondo de aquél, y por estas mismas razones también decae el motivo cuarto del recurso, en el que se acusa otra vez la incongruencia de la sentencia, invocándose igualmente la infracción del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento, sin designar el modo o concepto en que se supone cometida tal infracción, omisión por sí sola suficiente para hacer perecer el motivo—causa número cuarta del artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia concordante.

Considerando que en el motivo tercero se alega por las recurrentes que la sentencia recurrida viola, por no aplicación, los artículos ciento veintidós—que define la legítima—, ciento veintinueve—que señala las reglas para su determinación—y ciento cuarenta, primero—que otorga al legitimario acción real para reclamar su legítima—; pero tal motivo no puede prosperar porque dicha sentencia no sólo no desconoce lo que tales preceptos estatuyen, sino que los tiene en cuenta, y precisamente para que no puedan resultar infringidos se abstiene de fallar sobre el fondo del litigio, por no estar presentes en él todos los que podrían resultar afectados por la resolución de fondo que se dictase.

Considerando que por las mismas razones tiene que perecer el motivo cuarto del recurso, en el que se invoca la violación, por no aplicación, del artículo ciento cuarenta, tercero, de la Compilación, que prohíbe al legitimario promover el juicio de testamentaria; la sentencia recurrida no autoriza a las legitimarias demandantes a promover dicho juicio sucesorio ni tampoco al legitimario ausente en el proceso, y, además, si hubiese autorizado a aquéllos la promoción de tal juicio, no les causaba agravio alguno contra el cual pudieran estar legitimados para recurrir; en tal supuesto, quien podría recurrir sería la heredera, que vería mermadas las facultades y deechos que le otorga la Compilación, aparte de que autorizar la fiscalización y comprobación por los legitimarios de los valores de las dos cantidades que forman el total partible, no es lo mismo que permitir la incoación de un juicio de testamentaria, sino sólo garantizarle la realidad de un derecho a determinada cuota en el referido haber partible.

Considerando que también tiene que perecer el motivo sexto del recurso, en el que se denuncia la violación por inaplicación del artículo ciento veintinueve, primero, de la Compilación, que señala que la legítima es la cuarta parte del valor de los bienes del causante, al que se añadirá el de los bienes por él donados a los legitimarios; el referido precepto es precisamente el que tiene en cuenta la sentencia recurrida para abstenerse de resolver sobre el fondo del litigio, por no estar en él presentes todos los legitimarios, que podrían resultar afectados por la determinación de los dos valores que suman el haber partible, en el cual corresponde la cuarta parte a los legitimarios.

F. C. L.