

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,
y JOSÉ CERDÁ GIMENO.

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROPIEDAD HORIZONTAL. Los estatutos o reglas de constitución de la propiedad horizontal no perjudican a tercero si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Los que adquirieron en documentos privados anteriores a la escritura que contiene los estatutos no pueden ser perjudicados por éstos. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1970).

La sociedad «Peipasa» convino con don Jesús, que éste construiría una casa sobre solar de aquélla. Los bajos y una planta quedarían a favor de «Peipasa», y el resto de la finca a favor de don Jesús. Una vez todo terminado, «Peipasa» otorgaría la correspondiente titulación pública a favor de don Jesús o de quien éste indicara. Don Jesús otorgó documentos privados de promesa de venta a favor de diversas personas, sin condiciones especiales. Se terminó el edificio. Los destinatarios de esas promesas de venta ocuparon los pisos, fueron pagando, y cuando «Peipasa» les va a otorgar escritura pública de venta, se encuentran con que en ellas incluye cláusulas en las que se reserva facultades de unir locales, hacer obras en fachadas y elementos comunes, referentes a gastos de portería, luz, zaguán, etc.

Se planteó el litigio sobre la posibilidad o licitud de dichas cláusulas. Los compradores no las aceptaban. «Peipasa» no firmaba las escrituras si no las admitían.

«Peipasa» alega la escritura de constitución de Propiedad Horizontal y los estatutos. Los compradores sostienen que cuando don Jesús les vendió, les prometió la venta, nada se les indicó de esas reservas.

El Juzgado de 1.ª Instancia dictó Sentencia por la que, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva en el demandado don Jesús Pitillas, declaró no haber lugar a entrar a resolver el fondo del asunto en lo que a él respecta; y en lo demás, accediendo en parte a la demanda, condenó a demandada «Peipasa» a otorgar la correspondiente escritura de compra-venta a favor de los actores de las viviendas que poseen en el inmueble sito en el número 130 de la calle de Miguel Servet de Zaragoza, sin más cláusulas especiales que las siguientes: Primera, que los dueños de los locales de la planta baja y planta primera alzada, podrán colocar en la parte de fachada que les corresponda, toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos, por su cuenta y cargo, siempre que no perjudiquen a los demás propietarios; y, segunda. Que tales dueños estarán exentos de contribuir a los gastos que originen los servicios de portal o zaguán, escalera propia de las viviendas y ascensor del referido inmueble, sin hacer especial imposición de las costas, por lo que se refiere a las causadas por los actores y demandada «Peipasa», condenando a aquéllos a satisfacer las derivadas del trámite de la contestación a la demanda del demandado señor Pitillas.

La Audiencia dictó sentencia en apelación, por la que revocando en parte la apelada, y dando lugar en parte a la demanda, condenó a la entidad demandada—«Peipasa»—, y a don Jesús Pitillas, a otorgar la correspondiente escritura pública a favor de los actores, de las viviendas tercera A, tercera G y primera A, que ya poseen del inmueble litigado sin más cláusulas que las siguientes: Primera, que los dueños de los locales de la planta baja y planta primera alzada, podrán colocar en la parte de la fachada que les corresponde toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos, por su cuenta y cargo siempre que no perjudiquen a los demás propietarios. Segunda, que tales dueños estarán exentos de contribuir a los gastos que originen los servicios de portal o zaguán, escalera propia de las viviendas y ascensor del referido inmueble; sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia ni de las de éste recurso.

Interpuesto Recurso de Casación, no prosperó.

Considerando: Que en este litigio se ejercita por los demandantes, una acción instando le sean otorgadas escrituras públicas de compraventa de los pisos que describen, ajustándose exclusivamente a los documentos privados por ellos suscritos, juntamente con el demandado señor Pitillas, oponiendo los hoy recurrentes que dichas escrituras han de ajustarse a las limitaciones consignadas en la escritura de Obra Nueva, que contiene el régimen de propiedad horizontal de la finca en que los pisos se encuentran; a lo que recayó sentencia que estima no lo fundamental, las pretensiones de los actores, contra la que se formula el presente recurso, cuyo segundo motivo, seguido por el cauce procesal del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alega la interpretación errónea del párrafo tercero del artículo cinco de la Ley de la Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y la violación en su aspecto negativo de falta de aplicación, del último párrafo del mismo artículo, al que debe oponerse que la Sentencia objeto del recurso sienta como elemento esencial de su resolución, que los demandantes, suscribieron los contratos con el demandado señor Pitillas, sin establecerse en ellos limitación alguna, y si bien conforme a las estipulaciones del documento privado de 29 de octubre de 1963, otorgado entre la demandada Sociedad Mercantil «Pellicer Industrial Planificadora, S. A.», «Peipasa», y el demandado señor Pitillas, juntamente con otra persona, se convino que en el edificio que estos últimos habían de

construir, se reservaban aquélla, los locales de la planta baja y la primera de las plantas, quedando el resto del edificio en propiedad de los constructores y obligándose la Sociedad a otorgar las escrituras de venta que procedan, a favor de éstos o de las personas que ellos designen, se contiene en una de sus estipulaciones que en el Estatuto de la comunidad, los dueños de los diferentes locales de la primera planta, podrían hacer en ellos toda clase de obras, aunque afecten a la fachada o cosas comunes, siempre que sean sin perjuicio de la estabilidad del inmueble, destinarlos a comercio o industria, comunicarlos entre sí, efectuar segregaciones y divisiones y asignarles la cuota de participación que crean conveniente así como elevar chimeneas por los patios de luces para aireación y salida de humos e instalación de toldos, marquesinas y demás, es lo cierto que el señor Pitillas, incumplió su deber de dar a conocer a los actores que con él celebraron los contratos que la Sentencia califica como promesa de venta, las referidas limitaciones entre ellos concertadas, razón por la cual no puede existir los vicios que acusa el recurso, el primero porque el juzgador de Instancias, no interpretó erróneamente el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que al establecer dicho precepto que el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, podrá contener reglas de constitución y ejercicio de derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley, en orden al uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales formando un estatuto privativo, añade que éste no perjudica a tercero si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, y es patente que al celebrarse los contratos entre los actores y el demandado señor Pitillas, en 1965, ignorando aquéllos, las limitaciones contenidas en el documento privado de 1963, y tener los demandantes el carácter de terceros civiles, no pueden afectarse las cláusulas referidas; todo ello sin perjuicio de las consecuencias que el posible incumplimiento de ellas por parte de los constructores pueda dar lugar a derechos de la referida sociedad; ni existe tampoco la infracción por falta de aplicación del último párrafo del artículo quinto del citado precepto legal en cuanto éste se refiere a modificación del título, observándose los mismos requisitos que para su constitución, ya que no se trata por los demandantes de modificar el Estatuto de la Propiedad horizontal, sino estrictamente de que le sean otorgadas las escrituras públicas en consonancia con los contratos por ellos celebrados con el demandado señor Pitillas sin las limitaciones que se trata de imponerles, razones que han de determinar la desestimación de este motivo.

Considerando: Que al subsistir el fundamento esencial de la Sentencia, suficiente por sí para mantener el fallo de la misma, han de parecer los motivos primero y tercero, seguidos por la misma vía procesal que el antes examinado, acusando en el primero la falta de aplicación de los artículos 1.714 y 1.728, en relación con el artículo 1.259, todo del Código civil, y en el último, la violación en su aspecto negativo, de los artículos 1.091, 1.258 del Código civil, en relación con la Sentencia de esta Sala que cita, y la aplicación indebida del artículo 1.255 del mismo texto legal, puesto que, como queda antes sentado, con anterioridad a la escritura pública que contiene los Estatutos de la comunidad y del poder conferido al señor Pitillas, los actores habían celebrado contratos de promesa de venta, en los términos que quedan expresados, esto es, sin condición limitativa alguna e ignorando los pactos contenidos en el documento privado otorgado en 1963, entre «Peipasa» y el demandado señor Pitillas, por lo que no puede resultar afectados en sus derechos por los documentos públicos posteriores a que dichos motivos se refieren.

Considerando: Que procede por las razones expuestas, desestimar el recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento civil, más no siendo conforme de toda conformidad la Sentencia dictada en primera y segunda instancia, lo que hacía innecesario la constitución del depósito, procede la devolución del mismo al recurrente.

ACTOS MERAMENTE TOLERADOS. No puede darse ninguna clase de usucapión cuando no ha existido posesión en concepto de dueño. Opción del artículo 361 del C. c.. Artículo 38 de la L. H.: Puede pedirse la rectificación del Registro en ejecución de sentencia cuando no existen terceros y la cancelación es consecuencia necesaria del juicio (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1970)

Estimamos conveniente para el conocimiento de esta resolución exponer lo relatado no sólo en la demanda y contestación, sino en la réplica y dúplica.

La Diputación Provincial de Valencia demandó al Estado—Ministerio de Hacienda—representado por el Abogado del Estado, exponiendo, en síntesis:

1.º En 1409 quedó fundado el Hospital de la Folls. En 1482 se acordó convertirlo en Hospital General, y en 1512 le fueron agregados los otros hospitales particulares, muy numerosos en Valencia. Desde el primer momento fue objeto de la más solícita protección, que al correr de los tiempos se materializó en el amplio inmueble del Hospital cubriendo una superficie de 22.680 metros cuadrados, de los cuales se hallaban edificados al tiempo de su inscripción registral, 13.489. 2.º Según el título e inscripción, el inmueble lindaba por la izquierda saliendo, con «La Ermita de Santa Lucía» y la muralla que circuye a la ciudad, en el trozo comprendido desde la puerta de San Vicente hasta la de Cuarte. Tenía la finca su entrada por la calle del Hospital en el centro del inmueble, el Hospital propiamente dicho, en forma de cruz latina, con sus cuatro alas y su crucero, de cuya construcción todavía queda importante resto. 3.º En el año 1965 fueron derribadas las murallas de la ciudad y el Hospital cedió a vía pública la porción de terreno no edificado, sobre el que discurría la ronda anterior, y su propiedad quedó lindando con la calle de Guillén de Castro. Dentro del perímetro del inmueble del Hospital y adosado a su linde recayente a la calle de Guillén de Castro, quedó ubicada la Facultad de Medicina de Valencia, que se mantiene todavía en pie. 4.º En Valencia los estudios generales se erigen en Universidad en el año 1502, en su antiguo edificio de la calle de la Nava, se crean sus Cátedras, y entre ellas las de Medicina y Cirugía. Pero ni los Profesores podían explicar debidamente sus lecciones, ni los alumnos tomar experiencia si no disponían de enfermos, ni utilizar cadáveres para su disección y estudio de la anatomía humana, acudiendo por ello al Hospital, quien los recibió, puso todo a su disposición y no les regateó nada, y así, año tras año, salieron del edificio de la Universidad la totalidad de aquellas Cátedras las que formando la Facultad de Medicina, quedaron instalados dentro del Hospital General de Valencia. Con el transcurso de los años las Facultades de Medicina crecen, y ya no les bastan los enfermos y cadáveres del Hospital, quieren tenerlos propios y atendidos por los profesores. Que en Valencia todo terminó en 1960 cuando la Facultad de Medicina abandonó el Hospital Provincial y se trasladó a edificio propio. 5.º Que no fue la Facultad de Medicina la única que albergó el Hospital Pro-

vincial, sino otras muchas obras e instituciones tuvieron cabida. 6.º Según aparece en los documentos 9, 9 bis y 12, que contienen los escritos del Rector de la Universidad al Presidente de la Diputación, el informe del Director del Hospital el dicho Presidente y el acuerdo de la Diputación Provincial que dio término. Como ya se ha dicho, el Hospital comenzó autorizando a los profesores y alumnos para utilizar los enfermos y cadáveres con fines docentes; después les autorizó para usar locales del propio Hospital, pero como aún era insuficiente, el Rector—documento número 9—solicitó él a la Poniente del departamento de baños, en la que realizaría las obras necesarias y devolvería al Hospital la Cátedra número 3, la instalada en la planta baja y la sala del piso principal, obteniendo la Facultad en este cambio de locales la ventaja de concertar así todas sus dependencias. Y en ello insiste tres años después solicitando la permuta de los locales que ocupa en el Hospital, con otro sitio del mismo establecimiento, corriendo con todos los gastos que origina, y la Dirección del Hospital informa la cesión por el establecimiento de una mitad del edificio en construcción, que se halla al extremo de este Hospital, confinando con la Ronda, destinado a baños, para instalar a costa del Rectorado los locales que ocupa en el Claustro en aquel momento, y la Diputación toma acuerdo en su sesión de 10 de marzo de 1875 accediendo. 7.º La Facultad de Medicina abandona el Hospital Provincial de Valencia. Que en 1960 la Facultad inauguró su magnífico edificio en el Paseo del Mar, y el día 30 de junio de 1960, reunidos los representantes del Hospital y de la Facultad de Medicina suscribían el acta que se transcribe y en la cual ésta entrega las Salas y Servicio que tenía. La Escuela Superior de Magisterio se hallaba situada en un viejo caserón de la calle del Arzobispo Mayoral, estando en construcción el nuevo edificio y por las fechas en que la Facultad abandona los citados locales, el expresado caserón se hallaba en estado de inminente ruina, por lo que el Rectorado acudió al Gobernador civil reclamando su inmediato auxilio, y el que solicitó de la Diputación se diese albergue provisional en dichos locales, que había dejado la Facultad de Medicina, a lo que accedió hasta 1964, que se inauguraron los nuevos locales del Magisterio. 9.º Que cuando parecía que el Hospital iba a disponer al fin de todos sus locales, en 15 de octubre de 1964, cuando abandona la Escuela Superior del Magisterio los mismos, queda con ellos un Conserje con sus llaves dependiente del Rectorado. Comienza entonces un largo calvario para el Hospital, con escritos y solicitudes a la Dirección de Enseñanza, al Ministerio de Educación y Ciencia, al de la Gobernación, hasta que fechado en 30 de diciembre de 1965 se recibe un oficio de la Subsecretaría del Ministerio de Educación en el que niega la entrega al Hospital, afirmando que el edificio que estuvo ocupado por la Facultad de Medicina y luego por la Escuela del Magisterio, pertenece al Estado; cuya posesión ostenta sin interrupción desde 1875, en que, por acto de permuta legalmente concertada, mantiene su plenitud de dominio del inmueble, realizando actos posteriores sin oposición alguna ni ejercicio por terceros de acción contradictoria de derecho. 10. Que dicho oficio produjo la natural reacción, produciendo nuevos escritos, instancias y gestiones, recibándose otro oficio de la propia Subsecretaría de Educación, en que en relación con la entrega del Hospital de dicho edificio designaba Arquitecto para que en nombre del Ministerio suscribiese acta de desafectación. Lleva fecha 12 de julio de 1966. Que inmediatamente la Diputación, en nombre del Hospital, se dirigió al Delegado de Hacienda de esta provincia rogándole indicase día y hora para la suscripción de la oportuna acta de entrega, pero éste, en su oficio de 23 de agosto

de 1966 contestó diciendo que, efectivamente, el edificio quedó desafectado del Ministerio de Educación y Ciencia, sin que tuviera instrucciones para su entrega a la Diputación. Reanudadas las gestiones, escritos e instancias, la Dirección del Patrimonio del Estado, en su oficio de 17 de octubre de 1966 concluyó afirmando que, «como consecuencia de la permuta efectuada en 1875, el inmueble de referencia es propiedad del Estado». 11. Que agotadas todas las gestiones se formuló la reclamación en la vía gubernativa como trámite previo, a la que recayó resolución denegatoria contenida en la Orden del Ministerio de Hacienda de 3 de septiembre de 1967. 12. Que niega que el Estado, el Ministerio de Educación y Ciencia, la Facultad de Medicina de Valencia o cualquiera otra dependencia u organismos dependientes de unos y otros, haya tenido nunca alguna propiedad en la ciudad de Valencia dentro de los linderos del inmueble del Hospital Provincial ni figura en el Registro de la Propiedad ni en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado; que niega la expresada permuta: niega que por usucapión la Facultad de Medicina de Valencia adquiriera el dominio de bienes propiedad del Hospital Provincial de Valencia; y niega que el Estado o cualquiera de sus organismos o dependencias haya adquirido por título alguno bienes del Hospital Provincial de Valencia. 13. Se remite a los documentos 9, 11 y 12 para deducir de los mismos que el Hospital había comenzado la construcción de un amplio pabellón para baños, compuesto por dos alas, Oriente y Poniente, pueda obtener subvención del Ministerio de Instrucción Pública, y aprovechando las paredes y cubiertas, construir sobre ellas las dependencias de la Facultad. Estas obras de terminación y acomodación las realizó la Facultad a sus costas con el consentimiento expreso del Hospital, cuyo importe el Hospital está dispuesto a indemnizar. 14. Que también el Hospital tuvo necesidad de procurarse nuevos locales y para lograrlo tuvo que procurarse cuantiosos recursos y entre ellos la emisión de un empréstito y para el pago de los intereses y amortización del capital se calculó el valor de los terrenos del antiguo Hospital. Alegó los fundamentos de derecho que considera de aplicación y terminaba suplicando se dictase Sentencia en la que: 1.º Declare que pertenece en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble que se reseña en el certificado del Registro de la Propiedad aportado con el número 1 de sus documentos, situado en esta ciudad, distrito de San Vicente, calle del Hospital, 15 moderno, y 35 antiguo, manzana 278. Linda por la derecha saliendo con las casas del Arte Mayor de la Seda y otras que en documento se mencionan; por la izquierda saliendo la Ermita de Santa Lucía y la muralla que circunda a la ciudad en el trozo comprendido desde la Puerta de San Vicente hasta la de Cuarto; por delante con el Cuarte del Refugio, calle en Medio; y por espaldas con el Presidio correccional o exconvento de San Agustín. Ocupa todo el inmueble 22 684 metros cuadrados. Haciendo constar en relación con el linde por la izquierda saliendo (que es el único que interesa en el proceso), que la muralla que cita fue sustituida por la actual calle de Guillén de Castro. 2.º Declare que, como consecuencia de pertenecer en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble reseñado en el número anterior, es igualmente dueño de todas sus partes y, entre ellas, la porción en que estuvo instalada desde hace muchos años hasta 1960 la Facultad de Medicina de Valencia y, últimamente, desde el año 1960 hasta 1964 la Escuela Superior del Magisterio; cuya porción—objeto de litigio—ocupa una superficie de 1.800 metros cuadrados siendo sus lindes actuales, por frente la calle de Guillén de Castro; por la izquierda entrando la calle del Hospital; por derecha, inmueble del Hospital Provincial; y

por fondo, Ermita de Santa Lucía e inmueble del Hospital Provincial; conforme aparecen dibujados en el croquis que acompañaba con el documento número 7. Declare que sobre la porción de finca reseñada en el número anterior—como tampoco en el resto del inmueble—, ni la Facultad de Medicina de Valencia, ni el Ministerio de Educación y Ciencia, ni el Patrimonio del Estado, adquirieron derecho patrimonial alguno, ni por permuta, ni por usucapción, ni por ningún otro título. 4.º Declara que, sobre la porción del inmueble a la que se refieren los dos números anteriores, La Facultad de Medicina de Valencia, a sus costas, previa la licencia que solicitó y obtuvo del Hospital Provincial, construyó edificación en la que estuvo instalada aquella institución docente. 5.º Declare que, al Hospital Provincial de Valencia, como dueño del inmueble que se refiere en el número primero, y, por tanto, la porción del mismo que se detalla en el número 2, le asiste el derecho de accesión conforme a los artículos 353, 358 y sus relacionados del Código civil; y goza del derecho de opción que le atribuye el artículo 361. 6.º Declare que, el Hospital Provincial de Valencia, en éste su escrito de demanda, decide resolver la opción que le concede el ya citado artículo 361 del Código civil, en el sentido de hacer suya la edificación a que se refiere el número cuarto del presente suplico, previo abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del propio cuerpo legal. 7.º Condene al demandado a estar y pasar por las declaraciones anteriores y, en su virtud, una vez que el Hospital Provincial de Valencia haya satisfecho o consignado judicialmente el importe de la indemnización prevista en el artículo 361 del Código civil cuya cuantía habrá de ser determinada en el trámite de ejecución de Sentencia, reconozca el demandado como de la propiedad del Hospital Provincial de Valencia la edificación existente sobre la porción de terreno a que se aludió anteriormente con los números 2, 3 y 4, y en los que estuvo instalada la Facultad de Medicina de Valencia, y, más tarde la Escuela Superior del Magisterio, quedando obligado a transmitir su dominio y hacer entrega de su posesión al Hospital Provincial de Valencia, con expresa imposición de costas si se opusiere.

El Abogado del Estado contestó: Que el Estado es titular en pleno dominio de un inmueble dedicado desde 1875 a un servicio público, como es primero la Facultad de Medicina y luego la Escuela Superior del Magisterio que se integra luego en el Patrimonio del Estado, y que como tal está incluido en el Inventario de Bienes del Estado, y debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, y cuyo dominio es cuestionado por la Excm. Diputación Provincial de Valencia, que sostiene pertenece al Hospital Provincial. 1.º Con las naturales salvedades por la imprecisión de los datos que de estas fechas se poseen, se puede afirmar que vistos los planos aportados de contrario, parece clara la existencia de una ronda o corredera de muralla, por lo que resulta que la citada capilla marcaba el límite de lo edificado en aquella época. Esta afirmación no desmentida por la Corporación actora, sino expresamente admitida por ella en su hecho tercero, debe tomarse como punto de partida para refutar por gratuita la afirmación de que la repetida zona constituía propiedad del Hospital con la limitación de no poder edificar sobre él, afirmación comparable a la que calificase a las calles como propiedad de las fincas limítrofes. Así, pues, esta corredera de muralla nunca puede decirse que fuese propiedad del Hospital. Insiste en que no puede realizarse ni por la Diputación ni por el Estado afirmaciones indiscutibles, por lo que a esa época se refiere, pero lo más cierto es lógico afirmar que derriba la muralla, con ella y con la zona o corredera aneja antes citada se construyó la actual calle de Guillén de Castro y quedaron lo

que hoy llamaríamos terrenos sobrantes, en los cuales no inició la construcción del edificio destinado a baño. El emplazamiento de este edificio se observa claramente en el croquis acompañado por la actora, demuestra claramente dicha afirmación. Todo ello en cuanto se refiere al suelo del lugar ocupado por la Facultad de Medicina en la expresada época de 1875. Por lo que se refiere a los servicios de la Facultad de Medicina antes de 1875, lo único que parece claro es que la misma ocupaba una serie de zonas dispersas en el interior del Hospital, lo que hacía incómodo el ejercicio de su labor, y es por lo que se producen una serie de escritos a conseguir la permuta de esas zonas dispersas por un edificio, el destinado a baños de reciente construcción. Pero no hay ninguna razón para sostener que esta ocupación se debía a mero altruismo del Hospital, pues precisamente dentro del perímetro del mismo existía, y aún existen, algunos enclaves que no son de su propiedad. 2.º Que fruto de dichas gestiones se produce la permuta indicada en el documento que se acompaña como documento número 1. 3.º Que desde el año 1875 hasta 1959 la Facultad de Medicina utilizó dicho edificio hasta que construido el nuevo se instaló en él pasando a ocupar la Escuela Superior de Magisterio, cambio que se hace sin ninguna intervención de la Diputación; y finalmente instalada dicha Escuela en otros locales construidos a propósito para ella, queda el edificio desafectado del Servicio y por acta de 20 de julio de 1966—documento número 2— ingresa en el Patrimonio privado del Estado, procediendo a inscribirse a favor del mismo en el Registro de la Propiedad de Oriente. 4.º Que en cuanto a los documentos 14 y 15 aportados de contrario, en ellos no hay ningún reconocimiento de propiedad, pues en el primero se afirma claramente la propiedad del Estado, y en el segundo se trata de nombrar persona que realice la entrega del edificio en nombre del Ministerio de Hacienda, aunque se habla en él incidentalmente de una entrega a la Excm. Diputación, pero si este oficio pudo producir alguna confusión quedó definitivamente aclarada con el documento 16. Alega los fundamentos de derecho que consideraba de aplicación y terminaba suplicando al Juzgado que se dictase Sentencia en la que: 1.º Se estima la excepción del artículo 533, número 7 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se alega como perentoria, no dando lugar a la demanda por los defectos sustanciales en el modo de interponer la vía gubernativa previa que se ha dicho en el Cuerpo del escrito. 2.º Subsidiariamente y en cuanto al fondo de la cuestión planteada, desestimando la demanda, absuelve al Estado de todos y cada uno de los pedimentos contenidos en la misma, no dando lugar a ninguno de ellos y declarando además concretamente que: a) Que la acción ejercitada no puede prosperar porque tratándose de una acción contradictoria de dominio sobre bien inscrito a nombre de persona o entidad determinada, no se ha entablado previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de tal inscripción con expresa infracción del artículo 138 de la Ley Hipotecaria. b) Que ha quedado suficientemente acreditado el dominio del Estado sobre la finca Urbana denominada «Antigua Facultad de Medicina», cuya descripción registral pormenorizada, por contenerse en el documento acompañado bajo el número 3 da por reproducida y que constituye la finca 3.802 del Registro de Oriente de esta ciudad en mérito de las razones contenidas en el escrito que da por reproducidas, declarando por tanto la existencia de tal dominio a favor del Estado. c) Que como consecuencia del pedimento anterior, se proceda a rectificar la inscripción de la finca 1.036 del propio Registro, sentada al tomo 104, libro 9 de San Vicente, folio 159 vuelto, inscripción segunda, en lo que se refiere a su linde izquierdo, que no

debe ser Ermita de Santa Lucía y muralla que circunda la ciudad, sino el edificio propiedad privativa del Estado, denominado «Antigua Facultad de Medicina», expidiendo al efecto el oportuno mandamiento al señor Registrador. d) Que se condene a la actora a estar y pasar por los antedichos pronunciamientos con expresa condena en costas por su temeridad al litigar. Por otros así solicita que la rectificación de la inscripción de la finca 1.035 solicite en su pedimento segundo. e) Sea precedida de una medición de la misma a realizar en fase de ejecución de Sentencia. Por otrosí, que para el supuesto de que se estimase alguno de los anteriores pedimentos, se estimen contienen demanda y reconventional.

La parte demandante evacuó el trámite que para réplica le fue concedido, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y suplico de su escrito de demanda, adicionando que niega la existencia de la permuta que alega el demandado, remitiéndose a lo expuesto en la demanda. Y en cuanto a la manifestación de la parte demandada de haber practicado la inscripción que expresa en el Registro de la Propiedad, no puede por menos que mostrar su extrañeza, ya que durante años se ha estado discutiendo con la Facultad, Rectorado, Dirección General, Delegación de Hacienda, Ministerio de Educación, de Gobernación, etc., y nunca nadie dijo que el Estado había practicado una inscripción registral relativa al tema de discusión, como tampoco se mencionó al resolver la reclamación en vía administrativa, lo que no debió ocultar; ratificaba igualmente los hechos noveno a décimo, y acompañaba el documento número 21. Que la reconvencción sólo la apoya en el hecho de la inscripción en el Registro, la que rechazaba. Alegaba los fundamentos que consideraba de aplicación y terminaba suplicando, previos los trámites procedentes, en su día se dicte Sentencia en los términos solicitados en la demanda, ampliados o adicionados con los siguientes: A) Habiendo aparecido inscrito en el Registro de la Propiedad del Distrito de Oriente de esta ciudad, en el tomo 802, del libro 67 de San Vicente, al folio 61, finca número 3.802, inscripción primera, el dominio en favor del Estado de un edificio denominado «Antigua Facultad de Medicina», situado en Valencia, calle de Guillén de Castro, con superficie total de 1.927 metros con 80 centímetros; lindante por Norte con la Iglesia de Santa Lucía y terrenos del antiguo Hospital Provincial. Sur, fachada del edificio con la calle de Guillén de Castro; y Oeste, con la calle del Hospital; declare por motivos que se exponen en el fundamento de derecho a tercero de este escrito, la nulidad del título que causó la reseñada inscripción y es la certificación autorizada por don Eduardo Climent González, Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado en la Delegación de Hacienda de la provincia de Valencia, fechada el 10 de noviembre de 1966; y asimismo, declare la nulidad de la inscripción que el mencionado título originó y es la que quedó reseñada como cabecera de este apartado A) de su súplica; y en consecuencia disponga la cancelación del referido asiento registral, conforme al artículo 53 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, a cuyo efecto el Juzgado dirigirá el oportuno mandamiento por duplicado al señor Registrador de la Propiedad del Distrito de Oriente de esta ciudad. B) Declare no haber lugar a la reconvencción formulada por el demandado absolviendo de todos sus pedimentos a la parte demandante.

La parte demandada evacuó el traslado que para dúplica le fue conferido, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de su escrito de contestación y reconvencción, y que desestimando por improcedente y extemporáneo el pedimento contenido en el apartado A) del suplico de la réplica

declarando en contra de lo en él solicitado, que no ha lugar a declarar la nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción primera de dominio a favor del Estado, de la finca 3 802, que consta en el Registro de Oriente de esta capital, al tomo 802, libro 67 de San Vicente, folio 81.

El señor Juez de Primera Instancia, número cuatro de Valencia, dictó Sentencia con fecha 11 de noviembre de 1968, que contiene el siguiente pronunciamiento: Fallo. Que dando lugar a la demanda formulada por el Procurador don Julio Palacio Mon en nombre y representación de la Excm. Diputación Provincial de Valencia, como legal representante del Hospital Provincial de Valencia, contra el Ministerio de Hacienda, como representante del Estado en materia patrimonial, debo declarar y declaro: 1.º que pertenece en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble situado en esta ciudad, Distrito de San Vicente, calle del Hospital, 15 moderno, y 35 antiguo, manzana 278. Linda por la derecha saliendo, por las casas del Arte Mayor de la Seda y otra; por la izquierda saliendo, la Ermita de Santa Lucía y la muralla que circunda a la ciudad en el trozo comprendido desde la puerta de San Vicente hasta la de Cuarte; siendo esta muralla de la izquierda saliendo, la hoy calle de Guillén de Castro; por delante, con el Cuartel del Refugio, calle en Medio, y por espaldas con el Presidio correccional o exconvento de San Agustín. Ocupa todo el inmueble 22.680 metros cuadrados. 2.º Que como consecuencia de pertenecer en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble reseñado en el número anterior, es igualmente dueño de todas sus partes y, entre ellas, la porción en la que estuvo instalada desde hace muchos años, hasta el 1960, la Facultad de Medicina de Valencia y últimamente desde el año 1960 hasta el 1964 la Escuela Superior del Magisterio, cuya porción—objeto de litigio—ocupa una superficie de 1.927 metros 80 decímetros cuadrados, siendo sus lindes actuales, por frente, la calle de Guillén de Castro; por izquierda entrando, la calle del Hospital; por derecha, inmueble del Hospital Provincial; y por fondo, Ermita de Santa Lucía e inmueble del Hospital Provincial. 3.º Que sobre la porción de finca reseñada en el número anterior—como tampoco en el resto del inmueble—, ni la Facultad de Medicina de Valencia ni el Ministerio de Educación y Ciencia, ni el Patrimonio del Estado, adquirieron derecho patrimonial alguno, ni por permuta ni por usucapión, ni por ningún otro título. 4.º Que sobre la porción del inmueble a que se refieren los dos números anteriores. La Facultad de Medicina de Valencia, a sus costas, previa la licencia que solicitó y obtuvo del Hospital Provincial, construyó edificación en la que estuvo instalada aquella institución docente. 5.º Que al Hospital Provincial de Valencia, como dueño del inmueble que se refiere en el número 1.º y, por tanto, de la porción del mismo que se detalla en el número 2.º le asiste el derecho de accesión conforme a los artículos 253, 358 y sus relaciones del Código civil, y goza del derecho de opción que le atribuye el artículo 361. 6.º Que el Hospital Provincial de Valencia decide resolver la opción que le concede el ya citado artículo 361 del Código civil, en el sentido de hacer suya la edificación a que se refiere el número cuarto del suplico y de este fallo, previo abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del propio Cuerpo legal. Y en su virtud debo condenar y condeno al demandado a estar y pasar por las precedentes declaraciones y, una vez que el Hospital Provincial haya satisfecho o consignado judicialmente, el importe de la indemnización prevenida en el artículo 361 del Código civil que será fijada en ejecución de Sentencia, reconozca el demandado como de la propiedad del Hospital Provincial la edificación existente sobre la porción de terreno

aludida en los números segundo, tercero y cuarto de este fallo, y en los que estuvo instalada la Facultad de Medicina y después la Escuela Superior de Magisterio, con obligación de transmitir su dominio y entregar la posesión. No ha lugar a la reconvencción formulada por la representación del Estado, de cuya reconvencción absuelvo a la Excm. Diputación Provincial y, en su virtud debo declarar y declaro la nulidad del título a que dio lugar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de Valencia—Oriente— en el tomo 802, libro 67 de San Vicente, folio 61, finca 3.802, inscripción primera, de dominio a favor del Estado de un edificio denominado «Antigua Facultad de Medicina», situado en Valencia calle de Guillén de Castro, con superficie total de 1.927 metros con 80 decímetros cuadrados, lindante por Norte con la Iglesia de Santa Lucía y terrenos del antiguo Hospital; Sur, fachada del edificio con la calle de Guillén de Castro; Este, solares del antiguo Hospital Provincial; y Oeste, con la calle del Hospital; y asimismo la nulidad y cancelación de la inscripción referida, para lo cual, firme que sea esta sentencia, se expedirá el correspondiente mandamiento por duplicado. No se hace expresa condena de las costas causadas en estos autos.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial de Valencia dictó Sentencia con fecha 16 de junio de 1969, por la que confirmó en todas sus partes la Sentencia apelada.

El Recurso de Casación no prosperó.

El primer motivo del Recurso decía, en parte así: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción, en concepto de violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. En el caso presente, se ejercitó una acción contradictoria del dominio que el Estado tenía inscrito a su favor en el Registro de la Propiedad, sin que en la propia demanda, ni, tampoco previamente, se hubiera solicitado la nulidad y cancelación de la inscripción. Es verdad que se solicitó después, en el escrito de réplica, que en tal sentido vino a ampliar la demanda, esto es, posteriormente que es un supuesto distinto de aquellos que constituyen la exigencia ineludible del artículo 38, párrafo segundo.

La Sentencia se basó en los siguientes Considerandos:

Considerando que proponiéndose en el recurso un motivo de error de hecho al amparo del número 7.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento civil, es procedente empezar por el estudio de éste para partir de una base de hecho segura sobre la que argumentar en derecho al estudiar el resto de los motivos, articulados todos al amparo del número primero del mismo precepto procesal.

Considerando que en el mencionado motivo que es el cuarto del recurso, se pretenden combatir dos afirmaciones básicas de la Sentencia impugnada: una, la de que los terrenos y el edificio en el que se albergó, hasta el año 1960 a la Facultad de Medicina de Valencia, es propiedad de la Diputación Provincial, y la segunda, que si el Estado ha podido realizar obras de acondicionamiento de dicho edificio y la Facultad de Medicina ha permanecido en él durante más de un siglo, hasta 1960, en que se trasladó a un edificio de nueva planta, ha sido por mera tolerancia de la Diputación, dichas dos afirmaciones básicas se combaten en el motivo invocando como documentos auténticos para demostrar lo contrario: a) el acta de la Facultad de Medicina, de 17 de marzo

de 1875 (acompañada como documento número uno por la representación del Estado, y b) el acta de la sesión celebrada por la Diputación provincial de Valencia de 10 de marzo de 1875 (acompañada por certificación como documento número doce con la demanda a); y hay que desestimar este motivo porque al examinar ambos documentos, en los que concurre la calidad de auténticos, se llega a la conclusión de que no sólo no contradicen, sino que confirman plenamente lo establecido por la instancia, a través de los siguientes razonamientos: Primero. Es cierto que en el acta de 17 de marzo de 1875, de la reunión celebrada por la Facultad de Medicina de la ciudad de Valencia, se da cuenta de que la Diputación ha consentido «permutar los locales que la misma ocupa actualmente en el Hospital, por una mitad del edificio en construcción (en construcción por cuenta de la Diputación) destinado a baños hidroterápicos, a fin de poder reunir en un sólo local las diversas dependencias de la misma que se hallan diseminadas en distintos puntos del establecimiento...», acordándose que se evalúen a los efectos oportunos las obras ya efectuadas, pero es que ese documento se corresponde con el otro invocado —el acta de la sesión de la Diputación de 10 de marzo de 1875—, en el que la Diputación accede a la petición de la Universidad alusiva a concentrar sus servicios dentro del Hospital; «por creerla más beneficiosa al mejor servicio de éste (se refiere al Hospital), a la traslación de las dependencias que la Facultad de Medicina disfruta en el mismo a la parte del edificio que se indica», o sea, que no se trata de una permuta en el sentido jurídico de la palabra; obsérvese cómo a cambio de la palabra «permuta», que tanto confunde al recurrente y en la que a simple vista echa de menos toda contrapartida, en el acta de la Diputación, de la que parte el otorgamiento del disfrute, se concreta que lo que se concede es «la traslación de las dependencias», que dentro del Hospital disfruta la Universidad. Segundo. Con mayor claridad se pone de relieve el sentido de los documentos aludidos en el párrafo anterior, si reparamos en los antecedentes que obran en el pleito, y que llevaron a la Sala de Instancia a formar su estado de conciencia; los cuales pueden ser estudiados en casación sin invadir esferas de la instancia, pues para tener eficacia el documento auténtico supuestamente contradictorio, hay que interpretar su sentido y acreditar además, que no está contradicho por otros obrantes en el pleito; y entre los calificados antecedentes, se encuentra la petición del Claustro a la Diputación, formulada el 22 de febrero de 1875. «para la permuta de los locales que para dependencias de la enseñanza ocupa en el Hospital General, con otro sitio del mismo establecimiento hoy sin destino alguno»; pero es más, este acto, tiene a su vez su antecedente en otro escrito dirigido por el Rector de la Diputación el 19 de abril de 1872 (número nueve de los aportados con la demanda) en el que razonadamente se propone «un cambio de locales» para concentrar los dedicados a menesteres científicos... y se termina rogando se acceda a ello, poniendo como ejemplo las provincias del Zaragoza, Salamanca y Sevilla, que acogen en sus hospitales gratuitamente a las Facultades de Medicina; eso es, lo que se concede por la Diputación de Valencia a la Facultad de Medicina de dicha capital, como afirma la instancia: el acogimiento gratuito dentro de su Hospital, otorgándole la potestad de realizar obras de adaptación. Tercero. Pero no son sólo los antecedentes los que dotan del sentido que le hemos atribuido a los documentos invocados, sino también los actos posteriores al disfrute, pues cuando la Facultad de Medicina de Valencia dispone de nuevo local habilitado por el Estado, el día 30 de junio de 1960, a los 85 años de aquel asentamiento provisional permitido,

comparece ante la Excm. Diputación Provincial el Ilmo. señor Decano de la Facultad de Medicina para anunciar que desde el día primero de julio, a las nueve horas «da por concluso la coordinación docente-sanitaria establecida entre la Facultad y la Diputación Provincial en el Hospital de este Organismo. », «y que hace entrega de las Salas y servicios hasta ahora incautadas». Cuarto. Como después de desalojado por la Facultad de Medicina, dichos locales se vuelven a ocupar, no es por acuerdo del Estado, sino que se pide el consentimiento de la Diputación por los Organismos del Ministerio de Educación (documento número 19 de los acompañados a la demanda); para que se instale en el mencionado lugar la Escuela Superior del Magisterio mientras se terminaba el edificio que para ella se construía; autorización que también generosamente se confiere.

Considerando: Que con lo que queda dicho en el considerando anterior, cae por su base lo alegado en los motivos quinto, sexto y séptimo; porque tal como quedan descritos los hechos en la instancia, ni puede hablarse de cesión de propiedad a la que alude el motivo quinto, sino de actos meramente tolerados, ni puede dárseles eficacia traslativa a una permuta que no se ha efectuado, que es lo que se pretende en los dos últimos motivos citados, aparte de estar éstos en completa contradicción entre sí, pues en uno se alega la aplicación indebida y en el otro la no aplicación de los mismos preceptos, sin que sus argumentos encuentren soporte alguno en los hechos que da la instancia.

Considerando: Que por la misma razón de falta de respeto a los hechos probados son recusables los motivos segundo y tercero, y en los que, con impugnación del artículo 348 del Código civil y la aplicación indebida del 361 del mismo cuerpo legal, respectivamente; pues hay que tener en cuenta que no está al alcance de la parte demandada, hoy recurrente, el calificar la acción que debió ejercitar el actor, sino que ha de limitarse a combatir, en su caso, aquella que eligió, y en el presente caso, la Diputación como dueña absoluta del inmueble, en el que se habían invertido determinadas sumas de dinero por el ocupante de buena fe, Facultad de Medicina de Valencia, ejercita, con pleno derecho la opción que le concede el artículo 361 del Código civil.

Considerando: Que tampoco han de prosperar los motivos primero y octavo; el primero, porque como tiene afirmada una extensa jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 6 de marzo de 1923, 3 de abril y 8 de mayo de 1956, y la muy reciente de 18 de abril de 1970, cuando no existen terceros y la cancelación sea consecuencia necesaria del juicio, puede pedirse la rectificación del Registro en el trámite de ejecución de Sentencia, y en cuanto al octavo motivo aun haciéndole la gracia de estimar un error mecanográfico, el que sea invocado al amparo sin designación del número del 1.294, cuando debe decir número primero del 1.692, carece en absoluto de fundamento; pues no puede darse ningún tipo de usucapión ni ordinaria ni extraordinaria, cuando no ha existido «posesión en concepto de dueño»; extremo sobre el que se pronunció de forma definitiva la instancia.

PROPIEDAD HORIZONTAL. El colocar en la terraza general de la casa sobre la vivienda del portero una torre de enfriamiento y recuperación de agua para instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire, en un local de dicha casa, excede de las facultades previstas en el artículo 394 del Código civil. Constituye una limitación del dominio que corresponde a los demás partícipes, por lo que para que pueda surtir efecto contra estos terceros, sería menester que constase en las fincas sobre que recae, según el artículo 13 de la L. H., párrafo 1.º La prohibición de instalar salas de fiestas, clubs de baile, de música y similares, no obrante en el título constitutivo de Propiedad Horizontal, requiere unanimidad de los propietarios, según el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. Cuando para decidir la cuestión litigiosa no hay necesidad de dictar resolución concreta sobre validez o nulidad de contratos o actuaciones, no es necesario demandar esa nulidad con llamamiento de todos los interesados. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1970).

Don Alejandro S. formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios de la casa número 75 de la calle Claudio Coello. Alegó, en resumen: Que en virtud de escritura pública de fecha 11 de octubre de 1967, don Enrique Santa Carrasco, en su propio nombre y en el de don Emilio Esteban Ortega, había vendido por 2.175.000 pesetas a don Alejandro S. la tienda número 3 de la calle de Claudio Coello, 75, con cuantos derechos le eran inherentes y accesorios, y particularmente los que le correspondían sobre los elementos comunes del inmueble de que era parte; que en la descripción de dicha finca se decía que el propietario de este local quedaba facultado para dotar al mismo de una instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire con los elementos precisos para ello, y especialmente la colocación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua que habría de ir situada en la terraza general del inmueble: Que habiendo arrendado don Alejandro el local de referencia a don José Antonio Serrano Moreno, don Manuel Giménez Altolaquirre y don Pedro Escudero Pérez, los mencionados señores, conjuntamente con el Letrado y administrador de su mandante, se dirigieron a la Comunidad de Propietarios mencionados en el sentido de que yéndose a proceder a la mayor urgencia a instalar el sistema de refrigeración de los locales arrendados, y siendo preciso para ello llevar a cabo la colocación de la torre de enfriamiento y de recuperación en la terraza general del inmueble, se rogaba a la Comunidad prestase las máximas facilidades a los nombrados arrendatarios. En 13 de noviembre de 1967 tuvo lugar la Junta de Condueños, de la que resultó que la mayor parte de los propietarios asistentes se opusieron a otorgar autorización ni dar facilidad alguna para la instalación de la mencionada torre; que el motivo de la oposición radicó en las molestias y ruidos que la instalación de la misma pudiera ocasionar en el edificio, y muy especialmente en la vivienda del señor Fernández Piera, propietario del piso octavo derecha; que puesto a votación la cuestión, resultó que el 18,05 de las cuotas de propiedad exigió el cumplimiento de los derechos que figuraban en la mencionada escritura de compra-venta; el 49,83 de las cuotas de propiedad votó en contra de la instalación; el 8,12 de las cuotas, se abstuvo. Posteriormente, el Presidente de la Comunidad dispuso la convocatoria de una nueva Junta, en la cual concurrió personalmente el propietario del local número tres, don Alejandro Suárez, aquí

demandante, el que expuso su deseo de llegar a un acuerdo con todos para la instalación de la tan mencionada torre, a cuya disposición se opusieron los restantes copropietarios; que en definitiva la nueva votación dio el siguiente resultado: la Oficina A se abstuvo de votar; la Oficina B votó en contra de la instalación y, por último, el 73,06 de las cuotas de propiedad votó en contra de la instalación, no obstante, el propietario del piso séptimo izquierda, con el 4,51, manifestó que se reservaba el derecho para intervenir o no en caso de juicio y para retirar su voto en caso de que así lo deseara; que su mandante ofreció a los inquilinos la gestión de que en determinadas horas del día, desconectarán la instalación, evitando molestias a la comunidad; citó otros hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó con la súplica al Juzgado de que previos los trámites legales, se dictara Sentencia, por la que teniendo por impugnados en tiempo y forma los acuerdos de dicha Comunidad adoptados en las Juntas de 13 de noviembre y 5 de diciembre de 1967, se contuvieran además los siguientes pronunciamientos: Primero: Declarar que su mandante, como propietario del local número tres de la casa de Claudio Coello, 75, tiene derecho a colocar en la terraza general del inmueble sobre la vivienda del portero y en debidas condiciones, la torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire de dicho local, con todos los elementos precisos para ello; Segundo: Declarar nulos e inválidos los acuerdos de la Comunidad de Propietarios de la calle de Claudio Coello, 75, adoptados en las Juntas de dicha Comunidad que tuvieron lugar los días 13 de noviembre y 5 de diciembre de 1967 por los que se prohibió la instalación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua en la terraza general del inmueble; Tercero: Condenar a la expresada Comunidad a consentir y soportar que en la terraza general del mencionado inmueble sobre la vivienda del portero y en debidas condiciones, se coloque la torre de enfriamiento y recuperación de agua para la instalación del repetido local número 3, de la indicada finca; Cuarto: Declarar nulo e inválido el acuerdo de la Comunidad de Propietarios de la mencionada calle y número adoptado en la Junta de los mismos, que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales la instalación de salas de fiestas, clubs de baile músicas y similares; Quinto: Condenar a la Comunidad demandada a las costas del juicio.

La contestación a la demanda expuso: Que en escritura de 11 de octubre de 1967, don Enrique Santa, en su propio nombre y en representación de don Emilio Esteban, había vendido a don Alejandro S. la tienda número 3, de la calle Claudio Coello, 75, e igualmente conforme en que el propietario quedaba facultado para dotar al mismo una instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire con los elementos precisos para ello; pero silenciaba el hecho de que los demás pisos y locales integrantes de la comunidad habían sido vendidos antes que la citada tienda número 3; que la escritura de división no se hallaba inscrita cuando las ventas tuvieron lugar y que la división se hizo por los señores Santa y Esteban, después de haber vendido en documento privado los pisos, sin contar con la aprobación de los adquirentes. Que convertidos en copropietarios los compradores, el día 9 de junio de 1967, se había constituido la Comunidad de Propietarios, a cuya Junta habían concurrido los copropietarios don Luis Gómez Gima, don Antonio Alvarez Alvarez y don Manuel Alayo Morifón; que después de constituida la Comunidad fue elevada a escritura pública la venta efectuada al propietario del piso segundo izquierda el día 20 de junio de 1967, acompañándose copia de la

mentada escritura, en la cual se hacía constar que se encontraba pendiente de inscripción por razón de la fecha, haciéndose constar igualmente que la finca se transmitía libre de cargas y gravámenes y con cuantos derechos le eran inherentes y accesorios, particularmente los que le correspondían sobre los elementos comunes del inmueble de que era parte en la proporción que se indicaba, pero lo que no se establecía en esta escritura anterior a la venta del local al actor en el pleito, era el derecho en favor de dicho local para instalar la torre de refrigeración; que tal derecho no sólo se constituyó sin la aprobación de todos los copropietarios, sino que tampoco figuraba en el proyecto de construcción. Que se constituyó la Junta de propietarios el 5 de diciembre, siendo el primer punto la lectura y aprobación, si procedía, del acta de la reunión anterior y el segundo, información y deliberación de la Comunidad sobre el proyecto de destino de los locales comerciales de la finca y sus instalaciones anejas; que en dicha acta constaba que al abordarse el punto primero el actor en el presente pleito, manifestó su deseo de que se llegara a un acuerdo para instalar la torre de recuperación, replicándole el Presidente que los restantes propietarios desconocían ese derecho. Que si bien el acuerdo relativo al derecho que invocaban no fue adoptado por la totalidad de los copropietarios, cuyos pisos y locales habían sido vendidos antes de otorgar el derecho, ya que, además, para dotar de refrigeración el local, la instalación de la torre de recuperación de agua no era el único sistema, sino que había otros que no precisaban de ello.

La Sentencia de 1.ª Instancia estimó la demanda y falló:

Primero: Que don Alejandro S., como propietario del local número 3, de la casa de Claudio Coello, número 75, tiene derecho a colocar en la terraza general del inmueble sobre la vivienda del portero, y en debidas condiciones, la torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire de dicho local, con todos los elementos precisos para ello. Segundo, Nulos e inválidos los acuerdos de la Comunidad de Propietarios de la calle de Claudio Coello, número 75, de esta capital, adoptados en las Juntas de dicha Comunidad, que tuvieron lugar los días 13 de noviembre y 5 de diciembre de 1967, en cuanto mediante los mismos se prohibió la instalación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua en la terraza general del inmueble para el servicio de la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire del local número 3 de dicha finca. Tercero. Condenar a la expresada Comunidad demandada a consentir y soportar en la terraza general del inmueble de Claudio Coello, número 75, sobre la vivienda del portero, y en debidas condiciones, se coloque la torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire del repetido local número 3 de dicha finca. Cuarto. Nulo e inválido, el acuerdo de la Comunidad de Propietarios de la calle Claudio Coello, número 75, adoptado en la Junta de los mismos que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la repetida finca la instalación de salas de fiestas, clubs de baile, músicas y similares. Todo ello sin hacer expresa condena en costas.

La Audiencia, en apelación, dictó Sentencia por la que revocó la apelada, desestimó la demanda y absolvió a la Comunidad de propietarios demandada.

Triunfó el Recurso de Casación que se interpuso; pero sólo en parte, como se detallará seguidamente.

Son Considerandos de la primera Sentencia, la que declaró haber lugar a la casación:

Considerando: Que entre los fundamentos que sirven de base al fallo desestimatorio de los tres primeros pedimentos de la demanda, sienta la Sentencia recurrida que la facultad reservada al accionante para colocar en la terraza general del inmueble, sobre la vivienda del portero, una torre de refrigeración y acondicionamiento de aire en el local de su propiedad, ni encaja en la hipótesis prevista en el artículo 394 del Código civil, ni puede perjudicar, supuesta su naturaleza real, a los demás copropietarios de la casa al amparo del principio de fe pública registral, debido a que para ello habría de haberse hecho constar este gravamen en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, y no se hizo así.

Considerando: Que el que recurre no impugna que, caso de constituir un gravamen, debería haberse hecho constar la facultad de elevar la torre susodicha en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, sino que ataca aquellos fundamentos de la Sentencia recurrida por estimar que tal facultad no es más que una de las varias que integran el contenido de su derecho de dominio, una simple especialización de la de servirse de las cosas comunes, reconocida a cada partícipe por el artículo 394 del Código civil, pero no una servidumbre o derecho real limitativo, afectado por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, ataque que concreta en los motivos tercero y cuarto, en relación con lo razonado en el que articula bajo el ordinal segundo.

Considerando: Que esta impugnación no merece ser acogida, porque si bien es verdad que la repetida facultad, vista como tal, esto es, desde el lado activo, constituye una parte integrante de las que forman el contenido de su complejo derecho de propiedad, siquiera se proyecta únicamente sobre uno de los elementos comunes del edificio, no lo es menos que excede de la que para servirse de las cosas comunes concede a los participantes el citado artículo 394, ya que, como viene a reconocer el propio recurrente en el motivo segundo, entraña un «derecho real» (sic) sobre parte concreta de una casa corporal, específica y determinada, con el consiguiente poder de exclusión de los demás partícipes; facultad que vista, no desde el lado de su titular, sino desde el de los demás del inmueble parcelado horizontalmente, o sea en el aspecto pasivo, entraña una limitación del contenido normal del dominio que, de no mediar aquélla, correspondería a dichos titulares, por lo que, conforme a lo prevenido en el párrafo primero del artículo 13 de la Ley Hipotecaria, para que pudiera surtir efectos contra esos terceros, sería menester que constase en las inscripciones de las fincas sobre que recae, en las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas inmediatas.

Considerando: Que, esto sentado, han de decaer también los motivos primero, quinto y séptimo, en los que se denuncia la infracción por inaplicación de los preceptos relativos a la legislación; artículos primero, párrafo tercero (en relación con el 93 de la Ley y 355 de su Reglamento) y 38 párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, y a la fe pública registral; artículo 34 de la misma Ley, pues es obvio que una vez suscitada contienda ante los Tribunales acerca de la eficacia definitiva de los derechos inscritos, la aplicación de aquellos preceptos generales ha de efectuarse en necesaria concordancia con lo dispuesto en el artículo 13, párrafo primero, de esa Ley, al que, como se ha indicado,

contiene la exigencia inexcusable de que las limitaciones del dominio han de constar precisamente en las inscripciones de las fincas sobre que recaigan, para poder surtir efectos contra terceros.

Considerando: Que si bien es antigua doctrina jurisprudencial que cuando la acción se funde en la nulidad de un acto o contrato, lo primero que debe pedirse es la declaración de nulidad, previo llamamiento de todos los interesados, esta doctrina es inaplicable al caso de autos, dado que, como también tiene proclamada esta Sala, en la Sentencia de 11 de junio de 1897, no se infringe aquella doctrina cuando para decidir la cuestión litigiosa no hay necesidad de dictar resolución concreta sobre la validez o nulidad de contratos o actuaciones, supuesto que se da en el presente caso, cual se advierte de la simple lectura de los precedentes considerandos, razón que impide acoger el motivo séptimo, que denuncia la violación, por no aplicación, de lo dispuesto en los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278 y 1.300, del Código civil, en relación con la doctrina legal al principio aludida así como el motivo octavo, que acusa la infracción por aplicación indebida de lo prevenido del artículo quinto, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, acusación que indudablemente se formula sobre la base hipotética de la estimación del motivo anterior.

Considerando: Que al declararse probado en el apartado C) del cuarto considerando de la Sentencia recurrida, que el día 11 de octubre de 1967, fecha en que fue vendido al actor el local número 3, todos los demás pertenecían en propiedad a personas distintas de las que vendieron dicho local, quienes los habían adquirido, según sus propios títulos, libres de cargas y sin que en ninguno de ellos se hiciese constar la discutida facultad que se reservó el dueño del local aludido, no se afirma ni ello puede deducirse tampoco del texto del mencionado considerando, que los «títulos» a que se refiere sean las escrituras públicas de venta de los pisos, por lo que carece de viabilidad el motivo decimotercero, en el que, a base de algunos de dichos instrumentos públicos, trata de demostrarse que los mismos no se habían otorgado en aquella fecha, y que en ellos se prestó conformidad por los adquirentes, si no de modo directo, sí «por *relationem*», a la reserva de la tan repetida facultad al hoy impugnante, motivo que tiene que parecer igualmente en cuanto además se propone demostrar que la suma de las cuotas de propiedad consignadas en dichas escrituras asciende al 21,35 por 100, y que esta cantidad ha de deducirse de 73,06 por 100 de las cuotas de los dueños que en la junta que cita votaron en contra de la instalación de la torre de refrigeración, toda vez que no es cierto que la suma de aquellas cuotas asciende al 21,35 por 100, ni en la Sentencia recurrida ni en los documentos invocados consta, como sería menester, que todos los adquirentes de los pisos mencionados votaron en contra de la tantas veces repetida instalación; razones por las cuales ha de ser igualmente desestimado el motivo decimocuarto y último, cuyo éxito está basado en la estimación del anterior, a lo que todavía podría agregarse que, en todo caso, la conformidad prestada por esos compradores de ciertos pisos no sería suficiente para purificar al título constitutivo de la propiedad horizontal del vicio opuesto por la parte demandada, puesto que para ello sería preciso que la pretendida ratificación hubiera sido unánime.

Considerando: Que, en virtud de todo lo que hasta aquí ha sido expuesto, resulta innecesario examinar los demás motivos del recurso en cuanto puedan hacer referencia a la desestimación por el Tribunal *a quo* de los tres primeros pedimentos de la demanda, ya que, al rechazarse los otros motivos,

subsisten fundamentos bastantes para servir de soporte al fallo desestimatorio de dichos pedimentos pero sí deben tomarse en consideración los motivos noveno a decimosegundo en cuanto impugnan el pronunciamiento del mismo fallo que rechaza el cuarto pedimento de la demanda, relativo a la declaración de nulidad e invalidez del acuerdo de la comunidad de propietarios mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la finca la instalación de salas de fiestas, clubs de baile, músicas y similares, motivos que merecen ser acogidos habida cuenta que no conteniendo el título constitutivo de la Propiedad Horizontal de la casa de autos, regla estatutaria alguna sobre el destino que podría darse a los locales comerciales, el acuerdo combatido implica una modificación de aquel título y el establecimiento de una regla de tal clase para cuya validez se requiere la unanimidad, conforme al artículo 16, norma primera, en relación con el artículo quinto, párrafos tercero y cuarto de la citada Ley de Propiedad Horizontal, con lo que de ningún modo se quiere decir que los ocupantes de esos locales gocen de la más omnimoda libertad, para dedicarles a las actividades indicadas u otras que resulten dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, sino que únicamente en estos supuestos quedará restringida esa libertad, en virtud de la prohibición sostenida en el artículo séptimo, párrafo tercero, de la misma Ley, que si resultare efectivamente infringida podrá dar lugar a la aplicación de lo estatuido en el siguiente artículo 19.

Considerando: Que, en consecuencia, procede declarar haber lugar al recurso, sin hacer especial imposición de costas.

La segunda Sentencia dice:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la anterior Sentencia: y

Considerando: Que con arreglo al párrafo segundo del artículo 1.745 de la Ley de Enjuiciamiento civil, esta Sentencia ha de contraerse a: extremo respecto del cual ha recaído la casación.

Considerando: Que en virtud de lo razonado en el penúltimo considerando de la Sentencia que precede, y de la Sentencia apelada, procede confirmar ésta en el particular a que dichos considerandos se refieren, revocándola en lo demás, sin que sea de apreciar temeridad ni mala fe a efectos de condena en costas en las dos instancias.

Fallamos: Que revocando en parte, y en parte confirmando, la Sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia número ocho de esta capital, y estimando parcialmente la demanda promovida por don Alejandro Suárez contra la Comunidad de Propietarios de la finca de Claudio Coello, número 75, de esta capital, debemos declarar, y declaramos, nulo e inválido el acuerdo de dicha Comunidad, adoptado en la Junta que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la referida finca, la instalación de salas de fiestas, clubs de baile, músicas y similares. Desestimamos las restantes pretensiones formuladas en la demanda, y absolvemos de las mismas a la parte demandada, sin hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

RETRACTO DE CREDITOS LITIGIOSOS. No procede el retracto del artículo 1.535 del Código civil si el litigio finalizó por una transacción entre las partes completada por un laudo posterior (1), aunque luego se promueva nuevo litigio sobre la nulidad del laudo, y en ese momento de pendencia del proceso se venden a un tercero los derechos dimanantes del laudo, ya que el crédito perdió por la transacción y el compromiso el carácter de litigioso, que es requisito de este retracto (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1969).

Puesto fin a un pleito entre A. y B., por un documento transaccional en el que convinieron desistir de los pleitos pendientes entre ambos y someterse a la decisión de tres árbitros de equidad, éstos dictaron laudo arbitral en el que se delimitaron los derechos discutidos, no promoviéndose contra este laudo recurso alguno, pero sí se entabló demanda por el ahora demandante, pidiendo la nulidad de la transacción y del laudo, demanda que fue en su día desestimada. Estando pendiente este pleito sobre la nulidad, la otra parte vendió los derechos dimanantes del laudo al ahora demandado. Y cuando éste reclamó el cumplimiento de dicho laudo, el señor Belda F. interpuso demanda de retracto del crédito litigioso, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Madrid, en Sentencia confirmada por la Audiencia Territorial.

El señor Belda F. interpone recurso de casación basándose fundamentalmente en la infracción del artículo 1.535 del Código civil, pues no se ha admitido el retracto, a pesar de que se daba el requisito de ser litigioso el crédito vendido.

Visto el recurso, siendo ponente el magistrado don Manuel Taboada Roca, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, por las razones siguientes:

«*Considerando:* que, aunque en sentido amplio, a veces se denomina 'crédito litigioso', al que es objeto de un pleito, bien para que en éste se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código civil, 'crédito litigioso' es aquél que, habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una Sentencia firme que lo declare como existente y exigible, es decir, el que es objeto de un *litis pendens* o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración...».

(1) Me atengo a la terminología empleada en los resultandos y considerandos de esta Sentencia, que califica de transacción al negocio que se realizó previamente al compromiso, pero parece (una afirmación con seguridad requeriría tener a la vista el citado negocio), que debió de ser una especie de cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, pues la transacción y el compromiso son contratos excluyentes. Si hay transacción, sobre el compromiso, pues según el artículo 1.809 del C. c., con la transacción se pone término al pleito que había comenzado, por medio de recíprocas prestaciones. Y según el artículo 15 apartado 2.º de la Ley de 22 de diciembre de 1958, «la validez del compromiso exige la existencia de una controversia pendiente entre las partes». «Pero, en fin, lo importante a efectos de esta Sentencia, es que, terminado un pleito por voluntad de las partes (sea por transacción o por compromiso) el crédito pierde el carácter de litigioso.

«Considerando: Que, una vez determinada por Sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden éstos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obsten que haya que continuar litigando para hacerlos efectivos, y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá, ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter del 'crédito litigioso', se pierde tan pronto queda firme la Sentencia que declaró su certeza y exigibilidad o tan pronto cese el proceso por algún modo normal, como es, por ejemplo la transacción...».

«Considerando. Que, por todo lo expuesto, y por las razones apuntadas, se comprende claramente que el objeto de la pretensión que actúa don F. Belda, no puede merecer la calificación de 'crédito litigioso' en el sentido restringido y técnico que a esa expresión le da el artículo 1.536 (sic) de nuestro Código, pues ya había sido declarada su existencia y exigibilidad por el laudo arbitral tantas veces mencionado, y lo que ahora se pretendía era llevarlo a ejecución, que es cosa distinta de su declaración; pudieron haber sido créditos litigiosos, los que actuaron contra don F. Belda en los pleitos anteriores a la fecha de la transacción que les puso fin, y en el supuesto que la hubieren recobrado por estar sometidas a la decisión arbitral—lo cual es muy dudoso—, también la habrían perdido, al quedar firme el laudo que los declaró y concretó, y cuya ejecución fue pedida por el propio don F. Belda».

«Considerando: que, aun suponiendo que hubieren vuelto a recobrar su carácter litigioso al contestarse a la demanda de nulidad del laudo, deducida por el señor Belda—lo cual se rechaza—, esa cualidad quedaba sometida a la condición resolutoria del fracaso del pleito, y la habrían perdido al quedar firme la Sentencia que desestimó tal petición de nulidad; y no se puede admitir aquella hipótesis, porque, entonces, quedaría al arbitrio de cualquier deudor, al convertir en litigioso su crédito, si le bastara promover una demanda de nulidad del proceso en que se hubiere declarado su certeza, o del negocio jurídico en que se hubiese constituido...»

Comentario: Estamos ante un caso de retracto de créditos litigiosos. Caso que no ofrece identidad ni analogía con los de las Sentencias de 14 de febrero de 1903, 8 de abril de 1904 y 4 de febrero de 1952, a pesar de que se alegan por el recurrente y se citan por esta Sentencia en un considerado no transcrito, diciendo que se hace aplicación del contenido de dichas Sentencias. Pero ninguna de ellas se refiere a la terminación del pleito por transacción o compromiso, ni mucho menos a la iniciación del nuevo pleito sobre nulidad de dichos contratos. Por lo cual, hay que estimar que, con la presente Sentencia no se ha formado jurisprudencia todavía, pues se exigen para ello dos o más Sentencias sobre el mismo asunto.

La finalidad del llamado retracto de crédito litigioso está claramente explicada en otro considerando de la Sentencia, que no ha sido recogido más arriba por su carácter más bien docente o doctrinal: «Como muchas veces—dice el considerando—el titular del crédito litigioso no tiene recursos para arrostrar los gastos y azares del pleito que viene siguiendo para obtener la declaración jurídica de su existencia, opta por cederlo a un *potentior*, que, guiado por el ánimo de la especulación, lo adquiere para lucrarse y per-

seguir más despiadadamente al deudor; de ahí que tales ocasiones de créditos hayan sido tratadas por los legisladores con cierta prevención permitiendo a los cedidos, liberarse del crédito, mediante el reembolso al cesionario del precio real de la cesión y de los demás gastos litigiosos que hubiese realizado; ejemplo de esta protección son algunas disposiciones de Graciano, de Valentiniano y de Teodosio, y las Constituciones *Per Diversas* y *Ab Anastasio*, que el Derecho francés organizó bajo la forma de retracto, aunque el Código de Napoleón no le otorgó ese nombre, si bien le conservó el fondo y la sustancia en los artículos 1.699, 1.700 y 1.701, que pasarían a nuestro Código, con ligeras variantes, y que forman los artículos 1.535 y 1.536 de éste.

El artículo 1.535 del Código civil exige como requisito del retracto: 1.º Que se trate de un crédito litigioso teniéndose por tal «desde que se conteste a la demanda relativa al mismo»; y 2.º Que el deudor lo use dentro de los nueve días desde que el cesionario le reclame el pago.

El artículo 1.536 completa el supuesto excluyendo del retracto tres casos en que no existe la idea especulativa por parte del comprador.

A propósito de estos artículos y de esta Sentencia, estudiaremos dos cuestiones:

a) Cuestión del móvil especulativo.—En el caso de esta Sentencia parece que no existió móvil especulativo por parte del comprador, aunque no se trata de ninguno de los supuestos específicos del artículo 1.536. Pero, ¿bastaría alegar la inexistencia de tal móvil para excluir el retracto? Estimo que no bastaría, pues, en otro caso, se introduciría un elemento inseguro, impreciso y no previsto por el legislador en los artículos 1.535 y 1.536. El intérprete no puede libremente añadir una nueva excepción (y menos tan genérica) a la lista del artículo 1.536. La idea especulativa latente en el fondo de esos artículos, se la apropió el legislador, objetivándola en su texto, sin que quepa aquí una interpretación indiciaria y subjetiva de los móviles que impulsaron al comprador del crédito.

Digo todo esto porque en el presente caso, el recurrido alegó «que era el padre de uno de los vendedores del crédito, y que sólo a los efectos de ayudar a su hijo y demás consorcios vendedores de los derechos derivados del laudo, acudió a la subasta y pagó 100.000 pesetas, no haciendo otra cosa que agotar un trámite, pero sin pretender nunca subrogarse en la propiedad de unos bienes a que se contraía el laudo». Es decir, alega el móvil no especulativo del comprador.

Y también lo digo porque hay una tendencia doctrinal y jurisprudencial, que defiende la «incorporación de los motivos a la causa» del negocio jurídico, en ciertos casos (así, acertadamente, para señalar la ilicitud de la causa).

Ciertamente, resulta atractivo para los partidarios de la interpretación finalista de las normas, entre los que me cuento, introducir el elemento subjetivo del móvil no especulativo en el artículo 1.535, para así excluir el retracto. Pero pienso que se debe huir de esta atracción subjetiva, por lo dicho más arriba sobre la inseguridad de criterio, pues no se sabe si ese móvil, caso de demostrarse que no era especulativo, permanecerá o cambiará.

b) Cuestión del carácter litigioso del crédito.—Este es el punto central del caso, y la vía a través de la que el Tribunal Supremo excluye el retracto, por considerar que el crédito no tenía la condición de litigioso.

La solución no es tan sencilla porque, cierto que hubo transacción o compromiso que puso fin al litigio pero, a continuación, se entabló demanda contra la transacción y el laudo arbitral por nulidad, y fue en este momento cuando se produjo la venta de los derechos derivados del laudo. Por tanto, en un momento en que continuaban los litigios entre las partes.

La duda se acentúa porque el artículo 1.535 sólo dice desde cuándo debe considerarse litigioso un crédito, pero no dice hasta cuándo tiene ese carácter. Es evidente que mientras dure el proceso. Pero ¿y si la Sentencia no es firme? Las Sentencias de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904 ponen como término final a efectos de la consideración de crédito litigioso la existencia firme. Por tanto, puede concluirse que el carácter litigioso subsiste mientras dure el proceso o mientras subsista la posibilidad de otro proceso sobre el mismo asunto. Es decir, mientras no haya cosa juzgada, no termina el carácter litigioso del crédito.

Nueva pregunta: ¿y en el caso de la transacción o el compromiso? A pesar de las dudas que acabo de plantear, me decido en este supuesto por la tesis de la Sentencia. Por los siguientes argumentos: la transacción tiene autoridad de cosa juzgada (artículo 1.816 C. c.); «el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de toda clase (artículo 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953); además, según el artículo 1.809 del Código, la transacción «es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa evitan la provocación de un pleito o *ponen término* al que había comenzado».

Relacionando estos artículos con el 1.535 C. c., puede llegarse a la conclusión de que por la transacción y el compromiso el crédito pierde su carácter de litigioso, mientras duren los efectos de esos contratos. Y dichos efectos persisten mientras no se declare su nulidad, no bastando la simple demanda solicitando la nulidad. Por tanto, a los fines del artículo 1.535 C. c. es necesario admitir la siguiente paradoja: «aunque se litigue sobre la transacción o el compromiso, el derecho determinado por esos contratos tiene el carácter de no litigioso, pues el efecto propio de los mismos es la exclusión de litigios.

Por tanto, no procede el retracto del artículo 1.535 del Código civil en tales casos.

DECLARACION DE PROPIEDAD ASPECTOS DE PRUEBA (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1969).

Se trata de un caso que no plantea problemas substantivos pues, A demanda a B sobre declaración de propiedad a favor de aquél de unos terrenos comprados por éste, por estimar que B los compró como mandatario y con dinero de A, por lo que deben rectificarse las inscripciones de propiedad a nombre de dicho mandatario, para que consten a nombre del demandante.

Se plantean, pues, únicamente problemas de tipo probatorio. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, dio la razón al demandante, por estimar probada la

relación de mandato. El demandado recurre, y el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, pudiendo resumirse su doctrina en los siguientes puntos:

1.º El uso que los Tribunales de instancia hagan de la facultad discrecional que les concede el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento civil no puede dar lugar a un recurso de casación en el fondo.

2.º El error de hecho en la apreciación de la prueba, alegado por el recurrente, no puede patentizarse por un documento que fue objeto de análisis e interpretación por la Sala de instancia.

3.º No puede alegarse la infracción del artículo 1.253 del Código civil, diciendo que es contrario a las reglas del buen juicio y criterio humano que se conceda un mandato sin causa ni razón que lo justifique, pues la Sentencia de instancia se basó, para apreciar el mandato, en una prueba documental directa, no en la prueba de presunciones, única para la que es aplicable la idea del artículo 1.253 del Código civil.

J. M. G. G.

DIVISION DE COSA COMUN. Adquisición de porción indivisa por precto confesado superior al normal. Construcción extralimitada. La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo y sus presupuestos: "Sociedad Productora de Fuerzas motrices, S. A.", c. Español Ardiaca (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1969).

Doctrina de la Sentencia. La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo exige, como es lógico, que se trate de fincas rústicas, en las que se lleve a cabo algún cultivo... Ni siquiera es factible su catalogación (la finca objeto de la división de autos) como fondo rústico..., dado su valor en venta superior al doble del normal en el mercado inmobiliario de la zona.

Antecedentes. I. Desde antes de 1963 la Sociedad demandante había comenzado la confección de planos, excavaciones y demás trabajos relativos a la construcción de una Residencia en una zona pirenaica, cuya edificación y servicios anejos de jardinería y deportivos se efectuaban por una empresa constructora filial suya. II. Que entre las varias fincas que interesaba a la actora adquirir se encontraba un «prado», perteneciente en *pro indiviso* a tres hermanos llamados Antonio, Angela e Isabel, objeto del caso de autos. III. La empresa actora había entrado en relaciones con dichos hermanos (normalmente, según la demandante, y bajo amenazas de expropiación forzosa caso de desavenencia, según el demandado), valorando la finca en 60.000 pesetas, comprando dos terceras partes indivisas a 20.000 pesetas cada una. IV. No se adquirió la parte indivisa de doña Isabel, por residir ésta en Francia y por exigir doble cantidad por su parte indivisa de la percibida por sus hermanos (tesis de la actora) o por hacerlo después de haber comenzado la construcción de la Residencia y haber alterado la demandante la finca variando su uso y destino, con construcción en una parte de la misma, líneas de energía eléctrica, carretera de acceso, etc. (tesis del demandado). V. Así las cosas, doña Isabel decidió vender su porción indivisa al hoy demandado,

cuyo precio real fue de 40.000 pesetas (tesis de la actora) o de 190.000 (tesis del demandado); en la correspondiente escritura pública se hizo constar que «el precio de la venta es el de 190.000 pesetas, de las que al contado entrega el comprador a la vendedora 40.000 pesetas, y las restantes 150.000 pesetas reconoce la vendedora tenerlas recibidas del propio adquirente con anterioridad al otorgamiento de la escritura». La finalidad de tal cláusula, según la actora, era consignar un precio superior al real para el supuesto de que la demandante ejercitase la acción de retracto. Sin embargo, el demandado afirmaba que el precio de la porción de terreno adquirido (*sic*) era superior a las 190.000 pesetas. VI La entidad demandante, entendiendo que la comunidad de bienes supone un estado antieconómico y de difícil gobierno, interesaba se procediese a la división de la cosa común, proponiendo como división más plausible la de que se adjudiquen las dos terceras partes del «prado» de referencia, lindante con otra propiedad de la entidad, a la actora y al demandado la parte tercera restante de la zona correspondiente al Nordeste de la finca, con acceso directo por el sendero que siempre ha existido, y que desemboca en la Carretera. A esta pretensión se oponía el demandado, por entender que la finca había quedado totalmente desfigurada, al dejarla la actora inútil para siempre con las alteraciones hechas en la cosa común, por lo que era totalmente imposible la división.

La parte actora finaliza su demanda pidiendo: se dicte Sentencia acordando la división de la cosa común en la forma expuesta en el cuerpo del escrito, con expresa imposición de costas al demandado si se opusiere a la demanda por su temeridad y mala fe.

El demandado *contestó* y se opuso a la demanda, terminando con la *súplica* de que se dicte Sentencia declarando que la finca era esencialmente indivisible, absolviéndole de la pretensión de dividirla en la forma solicitada en la demanda. Además, y por otra parte, formuló *reconvención*, por la que suplica se dicte Sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1. Declarar que por haber edificado la actora con mala fe en la finca de autos, todo lo edificado correspondía al reconviniente en una parte ideal e indivisa, idéntica a la que tienen la actora y el demandado como plenos propietarios de la finca, a concretar dicha parte en ejecución de Sentencia, entendiéndose que él no venía obligado a indemnizar cantidad alguna a la actora. 2. En caso de considerar de buena fe a la actora y se condenase a abonarla la tercera parte del valor del terreno, que ello se concretase en ejecución de Sentencia. 3. Que, de no haber lugar a las dos anteriores condenas, se condenase a demoler lo edificado y plantado, dejando la finca en el estado anterior para que pudiera ser utilizada conforme a su anterior destino o naturaleza (*sic*). 4. En todo caso, se condenase a abonar daños y perjuicios por la tercera parte del cultivo de la finca, contados a partir de la ocupación de la misma por la actora, los que serían fijados en ejecución de Sentencia, así como las costas del procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, por la que, estimando la demanda, acordó la división de la finca común, en la forma solicitada e indicada en el plano presentado con la demanda, y cuyo límite se fijaría por peritos en ejecución de Sentencia; y estimando en parte la reconvención, condenó a la actora a demoler todo lo edificado y plantado por ella en la parte de la finca adjudicada al demandado, dejándola en el estado anterior para que pueda ser utilizada conforme a su anterior destino y naturaleza, y a abonar al demandado los daños y perjuicios que figuran en eje-

cución de Sentencia por la tercera parte del cultivo de la finca, contados a partir de la ocupación de la misma por la sociedad actora. Todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes.

La Audiencia—interpuesto recurso de apelación por el demandado, al que se adhirió la actora respecto a los extremos del fallo que le eran perjudiciales—desestimó ambos recursos y confirmó íntegramente la Sentencia apelada.

El demandado formula recurso de casación con apoyo en diversos motivos, de los que el único admitido es el siguiente: por violación de la Ley de 15 de julio de 1954 y Orden del Ministerio de Agricultura de 27 de agosto de 1958; disponiendo el artículo 2.º de la Ley de 1954, que «las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima de cultivo tendrán la consideración de indivisibles», y la Orden citada establece la extensión superficial de dicha Unidad Mínima, fijándola para el término municipal de la finca en cuestión en una hectárea para el secano y 0,25 hectáreas para el regadío; mientras que la finca, denominada varias veces en la Sentencia como «prado» o «prado secano», tiene únicamente 14 gallnes, o sea, 30 áreas y 20 centiáreas. La violación existe porque a supuesto tan claro no se ha aplicado la norma que debería aplicársele, referida.

El recurso es rechazado, en Sentencia de la que es ponente don José Beltrán de Heredia y Castaño, sentando la doctrina siguiente:

Considerando: Que la única denuncia que en su momento oportuno fue estimada admisible por esta Sala, de entre las diversas que se formularon en el escrito del recurso, es la contenida en la primera parte del motivo segundo, es decir, aquella en que se alega violación por inaplicación del artículo dos de la Ley de la Jefatura del Estado de 15 de julio de 1954 sobre *unidades mínimas de cultivo*, que considera indivisibles con el fin de fomentar y proteger la agricultura, y en definitiva, la producción nacional: *que, sin embargo, no es posible aplicar al presente supuesto, porque la disposición legislativa citada exige, como es lógico, que se trate de fincas rústicas en las que se lleve a cabo algún cultivo*, carácter que no tiene la que fue dividida en este caso, pues como dijo el juzgador de primera instancia y mantuvo el Tribunal *a quo*, no se trataba de una finca agrícola cultivada; y, además, porque a tenor del artículo segundo del Reglamento de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, *no era factible ni siquiera su catalogación como fundo rústico*; habida cuenta la proximidad del Parador Nacional del Turismo y del edificio-residencia construido por el actor y hoy recurrente, que lo dan un *valor en venta superior al doble del que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario de la zona*; razonamientos y consideraciones de hecho que no han sido contradichos por el recurrente en forma adecuada, a causa de la cual es obligada la desestimación de este motivo en la única parte que se admitió a trámite, y con ello la del recurso en su totalidad, con los inevitables pronunciamientos del artículo 1.748—mil setecientos cuarenta y ocho—de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Comentario: La Sentencia precedente reúne los suficientes elementos de hecho como para merecer un detenido comentario aunque en este momento no me sea posible más que aludir a algunos puntos que creo interesantes y dignos de atención.

Lo primero que resalta es la limitación de datos que viene ya dada en la exposición del caso, cual es, por ejemplo, la reducción de los motivos del recur-

so de casación a uno tan sólo, lo que necesariamente implica una falta de conocimiento de la argumentación del recurrente.

En segundo lugar, sería interesante saber el estado de la causahabiente del demandado y el título por el que dicha señora había adquirido: si la adquisición le era presuntivamente ganancial, v. gr., podría llegarse a consecuencias imprevistas. Pero nos quedamos en el terreno de la pura hipótesis, al desconocer tal dato.

En tercer lugar, el que la entidad demandante, cuyo objeto social es previsiblemente el de producción de energía eléctrica, se dedique a la construcción, ¿implica una desviación del objeto social? O de otro modo, la determinación del objeto social ¿supone una limitación de la capacidad de la sociedad? Cabe aquí apuntar dos subcuestiones: una, la de si la construcción pueda o no incluirse entre las actividades complementarias del normal objeto social de la entidad en cuestión; otra, la de las facultades de los administradores y su responsabilidad caso de excederse en sus funciones como órganos sociales. Toda esta rica problemática, que en correcta línea *dogmática* parecía ya superada a estas alturas, vuelve a replantearse recientemente entre nuestra mejor doctrina, mercantilista (BROSETA).

En cuarto lugar, de los argumentos de ambas partes parece deducirse que en algunos momentos hay una ligera confusión entre *precio* y *valor* de la tercera parte indivisa adquirida por el demandado.

En quinto lugar, tampoco está nada claro la pretendida identidad entre *destino* y *naturaleza* de la finca, cual afirma el demandado, y se reconoce por el Juzgador de instancia. A poco que se profundice en ello, pese a la falta de estudios sobre este punto, parece que no es fácil sostener tal identidad.

Finalmente, el problema de la construcción «extralimitada»—tratado por mi ilustre compañero SANZ FERNÁNDEZ, con autoridad en su conocido estudio sobre la *accesión*—, no aparece con la claridad necesaria, aunque es de suponer que la prueba determinó la Sentencia de instancia en sentido favorable al demandado reconviniente. Ahora bien, y sin entrar en ulteriores detalles, parece claro que tal construcción se había efectuado en la finca en estado de *pro indivisión*, o sea, *antes* de poderse determinar físicamente qué porción de terreno correspondía a demandante y demandado: visto así el problema, parece claro que el demandado recurrente tenía razón. Pero, desde otro punto de vista, parece incongruente argumentar el juzgador sobre la *base lógica* de que la entidad demandante «ha edificado y plantado en la parte de la finca adjudicada al demandado», ya que la misma naturaleza de las cosas nos está diciendo que esa porción no puede determinarse en tanto en cuanto no se proceda a terminar el *pro indiviso* mediante la oportuna división de la cosa común. Se da por resuelto lo que es el supuesto de hecho del litigio; la *indivisión*.

Cabe finalizar con la alusión a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, de suerte poco afortunada—como tantas otras disposiciones llenas de buena voluntad, pero poco reales—, y que cabría decir que prácticamente es letra muerta, sobre todo en las zonas turísticas del país. Sin embargo, en base a esta disposición se resuelve y rechaza el recurso por faltarle, era obvio, a la finca en litigio, el requisito de ser predio rústico o cultivable. Cabría aquí cuestionar si ello es o no la verdadera *ratio decidendi*, o de otro modo, si bajo esta aparente envoltura *formal* no vendrá *incapsulado* el verdadero motivo de la decisión, es decir, la *equidad* que se desprende de la decisión del Juez de Primera Instancia.

III. CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS

REVISION DE RENTA DE FINCA RUSTICA. NO ES POSIBLE ESTIMAR ESTE COMPRENDIDA EN LA LETRA NI EN EL ESPIRITU DEL DECRETO LEY DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1967 LA SUSPENSION DEL DERECHO DE REVISION DE LA RENTA, REGULADO EN EL ARTICULO 7 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTO RUSTICO (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1969).

Demanda: El actor establece que la renta del contrato rústico comprensivo de las fincas descritas en el hecho primero es de 4500 pesetas, equivalente, convertida al patrón trigo, a 18 quintales métricos de trigo con 75 centésimas de quintal, y que dicha renta deberá ser revisada, señalándose como más justa y equitativa la de 76 quintales métricos de trigo con 972 milésimas de quintal, equivalentes para el actual vencimiento de 20.780 pesetas y condenar al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones con imposición de las costas de este juicio.

Contestación: Se suplicaba se dictara Sentencia, en su día, por la que se declarara que la renta en metálico de 4.500 pesetas pactada en el contrato de arrendamiento objeto de este pleito, equivalente a 18 quintales métricos de trigo con 75 centésimas de quintal es la renta justa, desestimando los restantes pedimentos de la demanda.

Fallo: Estimando parcialmente fundada la demanda interpuesta declara, en razón de la correspondiente conversión rentaria, que el precio del arrendamiento originariamente adecuado equivale a la cifra de 18 quintales métricos de trigo con 75 centésimas de quintal anuales, y absuelve al demandado de la petición aducida en el epígrafe segundo del suplico, imponiendo por mitad las costas procesales causadas.

Apelación: Revoca la Sentencia dictada y estima la demanda promovida, procediendo a su revisión y señalando como pagadera en vencimientos posteriores a la demanda la de 15.200 pesetas, equivalentes a 52 quintales métricos y 296 milésimas de quintal de trigo. Se condena al demandado a estar y pasar por estas declaraciones, sin hacer especial imposición de las costas de ambas instancias.

La expresada Sentencia fue aclarada por auto, en el sentido de que la renta revisada es de 15.200 pesetas, equivalente a 56 quintales con 296 milésimas.

Recurso de revisión.

Motivos: Unico: Al amparo de la causa 3.^a del apartado 4.^o del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959 sobre Arrendamientos Rústicos, fundado en injusticia notoria, por infracción y por interpretación errónea del artículo 6.^o del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 en relación con los párrafos 3.^o y 4.^o del Preámbulo del mismo.

Considerando: Que en la parte dispositiva del Decreto-Ley de 28 de noviembre de 1967, sobre medidas para garantizar la estabilidad del coste de vida, en relación con la renta de los arrendamientos rústicos, sólo se dispone en el párrafo 3.º de su artículo 6.º, que hasta el 31 de diciembre de 1968 se mantendrá el vigente precio a efectos de la determinación de aquélla, sin establecerse ninguna limitación al derecho regulado en el artículo 7.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, de pedir la revisión de la renta pactada; y aunque en la Exposición de Motivos de aquel Decreto se hable en general de la prohibición de que toda clase de rentas rebasen su actual nivel hasta el 31 de diciembre de 1968, y se diga que las de los arrendamientos rústicos y urbanos no podrán exceder de las del presente año, ello no es motivo para entender, cuál se sostiene en el recurso, que la voluntad del legislador fuera suspender también hasta la fecha indicada el ejercicio del referido derecho de revisar la renta pactada en los arrendamientos rústicos, pues, aparte de que de ser así se hubiera dispuesto expresamente, como se hace respecto a los urbanos en el propio artículo 6.º, que especifica los distintos supuestos de elevación y revisión de renta que quedan en suspenso, esa interpretación del Decreto no es admisible si se tiene además en cuenta, en primer lugar, que la revisión de renta prevista en el artículo 7 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos se refiere a casos singulares, y no a supuestos generales como son los contemplados en aquél, y en segundo término, que la revisión puede tener por objeto tanto la elevación como la reducción de la renta, siendo precisamente uno de los datos o elementos de juicio a ponderar para efectuarla, el de los precios medios de los productos y cuantía de las rentas vigentes se insta; lo cual revela que el ejercicio de esa facultad de revisión no puede incluir en general en el aumento de rentas, ni supone una elevación de precios contraria a la finalidad estabilizadora que se persigue en el Decreto, dado que, como se razona en la Sentencia recurrida de la Audiencia Territorial, con la revisión se tiende sólo y exclusivamente a obtener el restablecimiento de las contraprestaciones de las partes, alteradas por otras circunstancias diferentes a las que se tuvieron en cuenta al otorgarse el contrato de arrendamiento, y que determinan sea desproporcionada la renta satisfecha por el arrendatario en relación con los beneficios que realmente se obtienen con la explotación y aprovechamiento de la cosa arrendada; por todo ello no es posible estimar esté comprendida en la letra ni en el espíritu del referido Decreto-Ley de 28 de noviembre de 1967, la suspensión del derecho de revisión de la renta regulado en el artículo 7.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos y al haberlo entendido así la Sentencia de segunda instancia no ha interpretado erróneamente aquel Decreto, cual se alega en el único motivo del recurso al amparo de la causa 3.ª del apartado 4.º del artículo 52 del repetido Reglamento de Arrendamientos Rústicos; siendo, en consecuencia, procedente la desestimación del recurso; sin expresa condena en costas en cuanto ni se ha personado la parte recurrida, ni cabe apreciar temeridad o mala fe en la recurrente, según se deduce del hecho de no ser conformes las dos Sentencias de instancia.

Fallo: Se desestima el recurso de revisión sin expresa imposición de las costas causadas.

DECLARACION DE INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE FINCAS RUSTICAS POR LA AUSENCIA DEL PRECIO CONCERTADO, ESTIMANDOSE ESTE REQUISITO ESENCIAL PARA EL NACIMIENTO Y EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE ESTA CLASE. LA CERTEZA DE LA RENTA CONVIENE IGUALMENTE A UNA RENTA CUANTITATIVAMENTE FIJADA O A OTRA QUE PUEDA FIJARSE EN CUALQUIER MOMENTO, SIN LUGAR A DUDAS, POR VIRTUD DE ANTERIOR ACUERDO ENTRE LAS PARTES EN ORDEN A LOS FACTORES A CONSIDERAR Y LA FORMA DE REALIZARLO Y SIN NECESIDAD DE NUEVO CONVENIO (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1969)

Demanda: Los actores describen 54 fincas rústicas, sitas en término municipal de Campaspero, que dieron en arrendamiento al demandado «sin concretar la renta que había de pagar», en virtud de la antigua e íntima amistad existente y «siempre sobre la base de 200 fanegas de trigo que, al precio de productor, los anteriores arrendatarios venían pagando». El acuerdo no fue posible, pese a los repetidos intentos de solucionar la cuestión, y al amparo del artículo 1.547 del Código civil se instó juicio declarativo de menor cuantía para que se condenara a la entrega de las fincas arrendadas y al pago del precio fijado pericialmente. El demandado alegó un problema de legitimación, fallándose en su contra en primera instancia y revocándose en apelación por inadecuación del procedimiento. Se reproduce la cuestión correctamente y se fija, a efectos de cuantía y procedimiento la cantidad correspondiente según la prueba pericial practicada.

Suplico: Declarar la inexistencia del arrendamiento y condenar al demandado a la entrega de las fincas arrendadas pagando el precio fijado pericialmente en ejecución de Sentencia, y con imposición de costas.

Contestación: Sólo tenía en arrendamiento 45 fincas, que se le entregaron invocando una vieja amistad, porque estaban en muy deficientes condiciones de cultivo y no era fácil encontrar arrendatario. El acuerdo sobre la renta consistió en que el primer año no se pagaría por las malas condiciones de las fincas y lo avanzado de la temporada. Por otra parte no hubo negativa a pagar dicha renta, pero antes debía ser fijada tomando en cuenta la de un año y calculándose a precio de rentista.

Suplico: Se declarase la validez del contrato de arrendamiento en cuanto a las fincas rústicas entregadas en tal concepto y cultivadas por el demandado, según el resultado de la prueba practicada, concretándose la renta por las partes o por medio de los Tribunales, no debiendo ser abonada la del primer vencimiento del contrato por estar así pactado y con expresa imposición de costas.

Falio: Declara inexistente el supuesto contrato de arrendamiento y condena a la entrega de las fincas recibidas y a pagar la indemnización que se fije en ejecución de Sentencia sobre la base determinada pericialmente en autos y descontando la parte correspondiente a las fincas que se referenciaban, sin expresa imposición de costas.

Apelación: Confirma la Sentencia de primera instancia sin declaración especial sobre las nuevas costas causadas.

Recurso de revisión

Motivos: 1.º Amparado en el número 3.º del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959, en su apartado 4.º, por haberse cometido injusticia notoria por infracción del párrafo 2.º del artículo 1.º del Reglamento, para la aplicación de la legislación de Arrendamientos Rústicos. 2.º Al amparo del artículo 52, bajo el mismo número y apartado del mismo Decreto, por haberse cometido injusticia notoria por infracción de los artículos 1.091 y 1.278, y especialmente el 1.258 y concordantes del Código civil. 3.º Amparado en el mismo precepto por haberse cometido injusticia notoria por infracción del artículo 1.302 del Código civil, aplicable con carácter supletorio.

Considerando: Que en principio los tres motivos fundamentales del recurso adolecen de vicio esencial de forma, pues se denuncia en todos ellos infracción de preceptos legales sin expresión de su naturaleza, lo que vulnera lo imperativamente prevenido en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando: Que queda inalterada por inatacada la base fáctica de la Sentencia impugnada, debiendo estudiarse los temas propuestos con sujeción a las situaciones reales admitidas.

Considerando: Que no puede prosperar el primer motivo porque con independencia de que la fijación de la renta pueda ser totalmente libre o regulada, la regulación no se opone a la previa necesidad de una fijación libremente convenida, sino que más bien la presupone, porque la supresión del calificativo «cierto», usado en el artículo 1.543 del Código civil y omitido en el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de 1935 y de su Reglamento, no tiene el alcance que le atribuye el recurrente, porque este término equivale a «conocido, verdadero, seguro, indubitado» y esto conviene a la renta cuantitativamente fijada o a la que se fija por virtud de acuerdo anterior, y sin nuevo convenio, y en tal sentido se exige por la Legislación Arrendaticia al requerir que «medie renta, ya sea en metálico, en especie, o en ambas formas» lo que presupone la acorde y previa certeza y realidad de la misma, y a igual conclusión se llega por la interpretación sistemática de preceptos específicos de la legislación arrendaticia; el número 7.º del artículo 7 del Reglamento presupone la necesidad de fijación contractual del precio del arrendamiento, al establecer el mecanismo legal para su revisión; la previa determinación de la renta es necesario antecedente para la clasificación del contrato y aplicando, en su caso, las normas generales y especiales de protección que por el ordenamiento legal se establecen por la doctrina análoga y concordante de las Sentencias de este Alto Tribunal, de 6 de marzo de 1952; 31 de marzo de 1955 y 23 de febrero de 1962.

Considerando: Que no pueden prosperar el motivo segundo porque la Sentencia impugnada se limitó a declarar la inexistencia del pretendido contrato de arrendamiento por falta de precio concertado y no existiendo contrato no puede hablarse de su obligatoriedad ni de la fuerza de las obligaciones nacidas del mismo ni de su perfeccionamiento por el mero consentimiento de las partes.

Considerando: Que la misma suerte corresponde al motivo del ordinal 3.º, porque ni los actores ejercitaron acción de nulidad ni aparece alegado vicio de consentimiento por error en personas o cosas, sino que lo alegado y apreciado en las dos instancias es la falta de precio, por lo que se priva al negocio jurídico de causa y el contrato no nace por falta de este requisito esencial; aparte de que aun entendiendo que el contrato había comenzado su vida con la entrega de la finca sin concretar precio o renta, pudo el arrendador pedir la devolución de la cosa con abono del precio correspondiente por la vía del tan repetido artículo 1.547 del Código civil.

Considerando: Que a pesar de la total conformidad de las dos Sentencias de instancia no aparecen razones suficientes para entender que haya mediado temeridad o mala fe procesal en el recurrente, a los efectos de expresa declaración sobre las costas de este recurso.

Fallo: No haber lugar al recurso de revisión, sin especial imposición de costas.

E. I. M.

IV. FAMILIA

IMPUGNACION DE FILIACION LEGITIMA. Las presunciones del artículo 108 del Código civil: La separación de hecho y el cómputo del plazo fijado por el artículo 108; la separación de hecho y el nacimiento del hijo. La condena por adulterio y el artículo 109 del Código civil. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1969).

Doctrina de la Sentencia: La doble presunción del artículo 108 sólo debe regir en los supuestos de convivencia matrimonial: tal artículo se refiere a la separación legal, única existente para la Ley. La separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de paternidad, pero si después de separados convencionalmente ocurre el nacimiento del hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad... La Sentencia condenatoria en proceso penal de adulterio es documento auténtico y contradice el fallo recurrido, y a ella no se opone el artículo 109, que sólo es aplicable cuando existe la convivencia matrimonial: la declaración fáctica del fallo penal de que «la niña no fue engendrada por el marido», destruye la presunción de legitimidad del artículo 108, y demuestra el error de hecho del juzgador.

Antecedentes: I) Ambos litigantes habían contraído matrimonio canónico en el año 1957; según manifiesta la esposa «resulta anómalo que un hombre de treinta años no consumase su matrimonio con una niña de veinte años» (sic), permaneciendo inconsumado el matrimonio durante tres años y medio, y, además, «el marido consentía que sus amigos ballasen con su joven esposa, poniéndola en circunstancias difíciles para su juventud y debilidad» (sic). II) En 1960 se promovió un escándalo ante el domicilio conyugal, por un vecino, que hacía constar vociferando las relaciones ilícitas mantenidas con la esposa; ante lo cual el marido abandonó a su esposa y desapareció del

domicilio conyugal, y la esposa—previa autorización del marido—fue internada, en el Convento de las Adoratrices de otra ciudad, siendo reconocida por un Tocólogo, que dictaminó conservaba su virginidad, donde permaneció más de un año. III) En abril de 1961 los cónyuges plasmaron su separación *amistosa* o de hecho en un documento privado, que fue después aportado al pleito. IV) Al parecer, a principios de dicho año 1961 el marido trasladó su residencia a Madrid, permaneciendo ininterrumpidamente en dicha ciudad, quedando en zona polémica la cuestión de hecho de si los cónyuges después de tal fecha habían o no vuelto a juntarse, y hecho o no uso del matrimonio, lo negaba el marido, y lo afirma la mujer. V) A mediados de 1965 la esposa se presentó al marido y le comunicó su estado de embarazo, al parecer como fruto de relaciones sexuales con otro hombre; ante lo cual el marido se querelló contra su mujer por adulterio, *fallando* la correspondiente Audiencia el 4 de noviembre de 1966, que la mujer era *culpable* y declarando *hechos probados*: «1. Que los cónyuges habían contraído matrimonio conónico en 1957, y que en 31 de diciembre de 1960 se separaron de hecho, por atribuirse a la esposa relaciones íntimas con dos individuos, cosa que se reconoce por uno de ellos... y en 1965 la procesada dio a luz una niña..., fruto de relaciones íntimas con un hombre distinto de su marido, que no ha sido identificado con la necesaria certeza, al menos indiciaria para su procesamiento». VI) Como consecuencia de tal embarazo la mujer dio a luz una niña, inscrita en el Registro civil con los apellidos de sus padres, cosa que no reconocía el marido, dado que estaba separado de su mujer.

La *demanda* termina con la súplica de: que se declare haber lugar a la impugnación de la legitimidad atribuida a la niña como hija del demandante, con las consecuencias inherentes a dicha declaración; que procedía privar y se privase de su apellido a tal niña, hija de su esposa, y que se rectificase en el libro de nacimientos.

La *contestación* a la demanda por la esposa y por el Ministerio Fiscal terminaban suplicándose desestimase la demanda por estar los hechos carentes de completa prueba, lo que incumbía al litigante que los afirma.

El *Juzgado* dictó Sentencia desestimando la demanda y declaró no haber lugar a la acción impugnatoria de la legitimidad de la niña.

La *Audiencia* confirmó la Sentencia apelada.

El demandante interpuso recurso de *casación* por infracción de Ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando como documento auténtico que acredita la equivocación evidente del juzgador la certificación de la Sentencia dictada por la respectiva Audiencia en el proceso penal por adulterio, condenando a la esposa hoy demandada: tal fallo penal declara probado que el padre de la niña es un hombre distinto del marido, en tanto que la Sala *a quo* declara que el padre es el marido. No cabe mayor contradicción.

2.º Error de hecho en la apreciación de la prueba, infringiéndose por violación la norma contenida en el artículo 1.218, 1.º C. c., en cuanto establece la regla de valoración probatoria de los documentos públicos.

3.º Infracción por violación, o falta de aplicación, del principio de veracidad de la cosa juzgada que informa el artículo 1.252 del Código civil, y de la numerosa doctrina legal que lo ha reconocido.

4.º Infracción por violación, o falta de aplicación, de la doctrina legal, que sanciona que «las Sentencias penales condenatorias son vinculantes, en cuanto a los hechos declarados probados para esta Jurisdicción civil» (Sentencias de 6 de diciembre de 1962, 20 de abril de 1965, 21 de febrero de 1964, 2 de febrero de 1960, entre otras).

5.º Infracción por interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, en cuanto este precepto establece una presunción *iuris tantum*, de legitimidad contra la que puede accionarse probando la imposibilidad física a que aquél se refiere: denuncia la interpretación errónea de tal párrafo, al amparo del número 1.º—y no del 7.º—del artículo 1692 LEC; invoca la doctrina sentada por la reciente Sentencia de 17 de febrero de 1968, la cual declara que «el artículo 103 se limita a establecer una presunción de legitimidad, contra la cual no puede accionarse sino probando la imposibilidad física de acceso a que se refiere». Entiende el recurrente que tal norma afecta al *objeto* de la prueba, pero *no* a los *medios* que pueden emplearse para justificar el hecho único que, para contrarrestar la fuerza de la presunción, admite: por tanto, no establece ninguna norma valorativa de prueba. En base a este «precepto jurisdiccional» (*sic*), es claro que la apreciación de la imposibilidad física no puede estar más manifiesta en el hecho *probado* de la Sentencia penal: tal hecho probado, cualquiera que sea el *medio* por el que ha accedido al proceso, destruye la presunción *iuris tantum*, de legitimidad sancionada por el artículo 108 del Código civil.

6.º Infracción, por apreciación indebida, del artículo 1.253 del Código civil, que establece el medio probatorio de la presunción, del que ha hecho uso indebido la Sala *a quo*.

El *Tribunal Supremo*, en Sentencia de la que fue Ponente don Tomás Ogayar Ayllón, *acoge* este recurso en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que la trascendencia social de la familia legítima obliga al derecho positivo a defender el estado de legitimidad de la prole nacida durante el matrimonio, y como la paternidad es un hecho de difícil prueba, para obviar esta dificultad, velar por los derechos de los nacidos durante el matrimonio, y prevenir el que, a socaire de un hecho, se pueda introducir en la familia como hijo al que lícitamente no lo merezca, nuestro Código civil, en su artículo 108 establece una doble presunción: *Explicta*, la relaciona con el tiempo de la concepción presumiéndose legítimos a los nacidos dentro de cierto plazo; e *implícita* en orden a la *paternidad*, presumiéndose que el marido de la madre es padre de los hijos concebidos durante el matrimonio (*pater est is quem nuptiae demonstrant*), presunciones que sólo *deban regir* en los supuestos de *convivencia matrimonial*, cual acredita el citado artículo 108 al computar el plazo que fija «desde la disolución o *separación* de los cónyuges», pues al cesar la vida matrimonial no existe ocasión de que los esposos se unan carnalmente, y por ello el artículo 111 autoriza al marido a desconocer la legitimidad del hijo nacido «después de transcurridos trescientos días de la disolución del matrimonio o de la *separación legal efectiva* de los cónyuges», sin que esté obligado a ejercitar toda una impugnación contra una legitimidad inexistente, ni a probar la falta de una paternidad tal vez inverosímil de por sí.

Considerando: Que el repetido artículo 108 sólo habla de separación, mientras que el 111 se refiere expresamente a la separación legal, y aunque aquél no dice a cuál hay que atender, ni tampoco si a la provisional o a la definitiva, es claro que el Código se refiere a toda separación que suspende o concluye la vida matrimonial; y como para reconocerle eficacia es preciso que conste debidamente acreditada, y ello sólo puede suceder si se hace con las solemnidades legales e intervención judicial, hay que estimar que el tan citado artículo 108 se refiere a la separación legal, única existente para la Ley, que impide el nacimiento de la presunción de la paternidad y permite el ejercicio de la acción de desconocimiento del artículo 111.

Considerando: Que la separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de paternidad, pero como ésta puede destruirse por la prueba «de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer», exigida en el párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, no cabe duda que, si después de separados convencionalmente y de transcurridos los plazos legales ocurre el nacimiento de un hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad probando la separación, que impedía el débito conyugal, y la mujer, sostenedora de la legitimidad, habrá de acreditar que durante la separación cohabitó con su marido, a cuya conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia con un criterio progresivo, cual revelan las Sentencias de 29 de enero de 1890 y 4 de julio de 1914, estableciendo la de 24 de enero de 1947, que deben admitirse «cuantos hechos de cuya demostrada certeza resulta la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente para que sirva de base a la presunción de que ha sido procreado por aquél el hijo nacido, lo que acontecerá siempre que las pruebas acrediten una causa, cualquiera que ella sea, excluyente de la ocasión de que los cónyuges se hayan unido carnalmente», y la de 19 de junio de 1958 declara que «la imposibilidad no es sólo la física, sino que la jurisprudencia extiende a la que se da y se origina también por la ausencia del marido o por cualquier otra que lleve consigo el alejamiento efectivo voluntario o impuesto, de los esposos», doctrina reiterada en esencia en la Sentencia de 16 de febrero de 1968.

Considerando: Que antes de plantear la acción de impugnación, ejercitó el marido recurrente la pena por delito de adulterio, dictándose Sentencia condenatoria el 4 de noviembre de 1966, que quedó firme, en la que se declaran como hechos probados «que dio a luz una niña, fruto de relaciones íntimas con un hombre distinto de su marido»; y la Sentencia impugnada declara «la realidad del matrimonio de los litigantes en 28 de abril de 1957, su separación amistosa de hecho plasmada en documento primado de 21 de abril de 1961, la residencia del esposo en..., y de la Esposa en..., los posibles viajes de aquél a esta ciudad, y la realidad de haberse entrevistado el matrimonio a partir de mayo de 1965 cuando la gestación era ya de cinco meses», y partiendo de que el marido pudo hacer viajes a..., desestima la demanda, porque esta posibilidad destruye la ausencia invocada en aquélla.

Considerando: Que contra esta resolución se interpone el presente recurso, que en su motivo primero, amparado en el número octavo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando como documento auténtico la Sentencia penal condenatoria del delito de adulterio, cuyos hechos probados desconoce y para su resolución debe tenerse en cuenta: Que el documento auténtico a efectos de casación es aquél que por sí mismo hace prueba de su contenido, tanto por

su autosuficiencia como por su litéro-suficiencia; que, si bien es cierto la total independencia de las jurisdicciones penal y civil, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que *los hechos* que como *probados* se consiguesen en las *Sentencias penales condenatorias*, en cuanto son base y fundamento no pueden desconocer la realidad de los mismos, cual declaran, entre otras, por citar sólo las más recientes, las Sentencias de 2 de febrero de 1960, 6 de diciembre de 1962, 21 de febrero de 1964 y 20 de abril de 1965; que, por lo expuesto, *no cabe duda que los hechos* que la Sentencia penal condenatoria declara *probados* y son el soporte de la condena, son auténticos a efectos de casación, dado que no pueden ser contradichos ni discutidos en la vía civil, por lo que siendo auténtico el documento que este motivo invoca, como ya lo declaró la Sentencia de 4 de febrero de 1943, no cabe duda de que *hay una contradicción evidente entre dicho documento*, que declara que el padre de la niña es un hombre distinto del marido, y el *Fallo impugnado*, que sostiene, amparándose en presunciones de hecho, que el padre es el marido, por lo que, al existir error de hecho denunciado, procede la estimación de este motivo.

Considerando: Que a ello no se opone el artículo 109 del Código civil, al negar valor «a la confesión de la mujer en contra de la legitimidad del hijo, ni aún su condena como adúltera», pues este precepto sólo es aplicable cuando existe *convivencia matrimonial*, que es cuando rige la presunción del 108, pero no cuando la base de la imposibilidad es una separación real y efectiva, no quebranta en el tiempo de la concepción, pues entonces desaparece la razón de esta negativa, que es la de una garantía para los hijos de que no estarán sujetos a las pasiones de los padres; y en cuanto al *adulterio* porque no es posible determinar el momento de la concepción cuando una mujer cohabita en una misma época con dos hombres, dado que ni una ni otra causa pueden existir en el alejamiento no interrumpido.

Considerando: Que en el motivo quinto, basado en el número primero del citado artículo 1.692, se denuncia la interpretación errónea del párrafo segundo del artículo 108 del Código civil, porque la declaración fáctica de que «la niña no fue engendrada por el marido» destruye la presunción de legitimidad del citado precepto motivo que hay que acoger por ser consecuencia del error de hecho apreciado; y como tampoco se declara que la separación se rompiera y el alejamiento de los esposos puede ser real y efectivo, tanto si residen en poblaciones distintas como si alguna vez coinciden en una misma localidad, siempre que no se pongan en contacto, es clara la procedencia de su estimación, por lo que, sin necesidad de estudiar los restantes motivos procede declarar haber lugar al recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley Procesal.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

Segunda Sentencia: Por los fundamentos de hecho y derecho de la Sentencia de casación que procede y:

Considerando: Que separados amistosamente los esposos desde el año 1961, viviendo en poblaciones distintas, no acreditado que este alejamiento fuese quebrantado en ocasión alguna desde antes de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de la niña, cuya legitimidad se impugna en la demanda, y condenada la madre por el delito de adulterio, cometido al ser dicha niña «fruto de relaciones íntimas con un hombre dis-

tinto a su marido», *tales hechos constituyen causa bastante para que quede excluida la posibilidad física* de un contacto carnal entre los esposos, lo que obliga a estimar la acción de impugnación ejercitada, con arreglo al párrafo segundo del artículo 108 del Código civil, sin expresa condena de costas .

Fallamos: Que, revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de esta capital, el 14 de octubre de 1966, debemos declarar y declaramos que la niña no es hija del esposo, procediendo en su consecuencia rectificar dicha inscripción de nacimiento en el sentido de desaparecer la paternidad atribuida al actor y el apellido Fernández impuesto a dicha niña, del que se le priva por no corresponderle, y todo ello sin expresa condena de costas.

J. C. G.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1969.—*Nullidad de inscripción registral. La alegación sobre el fondo, improcedente al amparo de un recurso por quebrantamiento de forma y que no tiene relación alguna con la falta de personalidad a que se refiere el precepto amparador invocado, supone su desestimación. El escrito de interposición del recurso carente de la sistemática prescrita en el artículo 1.750 de la Ley de Enjuiciamiento civil obliga también a desestimar el recurso.*

Demanda: Se establece que don G. B. fue propietario de la finca que se discute en virtud de herencia y permuta con un coheredero; que por testamento instituyó herederos universales a sus hijos, y que la familia ha venido ejercitando todas las facultades sobre la finca discutida, según prueba documental que se aporta.

Contestación: La realidad es, que por documento privado don G. B. vendió al demandado, tres años antes de su muerte, el terreno objeto de este juicio, y por tal venta, como es lógico, transmitió el dominio. En dicha venta incorporada a un protocolo notarial y de la que se acompaña a este escrito y se invoca como título la herencia de los padres del vendedor y la permuta en parte, es decir, el mismo origen que se le atribuye en la demanda, si bien el título no se aportó en forma alguna. Al fallecer el vendedor comparece en la notaría don J. L. L. para en su propio nombre y en el de sus hijos menores elevar a escritura pública aquella venta y ratificarla en todos sus extremos.

Fallo: Desestimó la demanda al no haberse ejercitado la acción de dominio conjuntamente, y en su consecuencia carecer los actores de legitimación, y todo ello con expresa condena en costas a los demandantes.

Apelación: Confirmó en toda su integridad la Sentencia apelada, con imposición de costas del recurso a la parte recurrente.

Casación por quebrantamiento de forma: Al amparo del número 2.º del artículo 1.693. Se ha discutido en ambas instancias una cuestión de propiedad que no formaba parte del *petitum* y es el momento, ahora, de considerar tres enfoques distintos: Primero: Si el título es o no inscribible por adolecer de clara transgresión al artículo 164 del Código civil. Segundo: Si como consecuencia la inscripción debe ser o no anulada una vez atacada por el procedimiento del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Tercero: Si los documentos tenían o no personalidad para instar la acción de nulidad de la inscripción. Los dos primeros puntos no han sido resueltos en la parte dispositiva de las Sentencias, por estimar una falta de legitimación en la parte demandante al no haber ejercitado simultáneamente las acciones de dominio y nulidad de inscripción. Es lógicamente el único aspecto a decidir ahora, si hubo o no personalidad por este motivo. Siguen aduciendo que el artículo 38 de la Ley

Hipotecaria autoriza que la acción de nulidad se interponga previamente a la de dominio. Al ser ejercitada la acción tal y como se ejercitó, con todos los respetos al juzgador, estiman que se ha negado una personalidad que jurídicamente existe e instan este recurso por quebrantamiento, de formas esenciales del procedimiento, que ha producido indefensión.

Considerando: Que el único motivo del recurso interpuesto se basa en la falta de personalidad, que es una cuestión sobre la que nada se dice en el recurso, pues como se expresa literalmente al desarrollar su motivación, lo que se impugna es, «que se haya discutido en ambas instancias una cuestión de propiedad que no formaba parte del *petitum*», esta alegación sobre el fondo es improcedente al amparo de un recurso por quebrantamiento de forma y no tiene relación alguna con la falta de personalidad a que se refiere el precepto amparador invocado, por lo que procede su desestimación, aparte de que por su forma de redactar el escrito de interposición, carente de la sistemática prescrita en el artículo 1.750 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en este momento procesal habría que llegar a la misma consecuencia.

Fallo: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma y condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el recurso.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1969.—*Sobre incidente de excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por actuación de la corporación municipal de Valencia como persona jurídica de Derecho privado y no como autoridad de Administración local en función de política urbana. El hecho de que el Ayuntamiento de Valencia sea propietario del inmueble que ocuparon los recurrentes no desvirtúa lo más mínimo su actuación como administración pública, que de no serlo no la habría podido desarrollar.*

Demanda: Los actores accionaron contra el Ayuntamiento de Valencia, y en el suplico solicitaron se declarase la obligación del Ayuntamiento de responder civilmente de los daños y perjuicios que se irrogaron por sus actuaciones, y que culminaron en la orden de desalojo de todos los arrendatarios y ocupantes del edificio de autos, y como consecuencia de la anterior declaración se condenara a dicha Corporación Municipal a indemnizar a los demandantes de los daños y perjuicios ocasionados en la cuantía y forma que se determine en ejecución de Sentencia y conforme a los perjuicios que se justifiquen.

Contestación: Se propone la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción alegando que los actores fundamentan su pretensión en cuestiones que, por razón de la materia, son competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y suplico se dictase la Sentencia admitiendo dicha excepción y con imposición de costas a los actores.

Resultando: Los actores contestaron a la excepción alegada afirmando que la Corporación demandada actuó no ya como árbitro para decidir sobre el supuesto estado de ruina, sino porque como propietario del inmueble afectado, actuó con una conducta tan negligente que ocasionó sensibles perjuicios a los actores y ordenó el desalojo e inmediato derribo del inmueble: que lo que se denuncia es la conducta negligente y la omisión culposa del Ayunta-

miento principalmente como propietario del inmueble, que estaba afectado de una ruina incipiente y que durante cuatro o cinco años no se tomaron medidas de previsión alguna, por lo que dicha Corporación es directamente responsable de que la ruina se agudizase hasta producir el derrumbamiento de parte del edificio y es por consiguiente dicha negligencia culposa la que se imputa al Ayuntamiento y la acción civil la que se ejercita ante la Jurisdicción ordinaria.

Fallo: Se desestima la excepción alegada y se declara la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los autos, sin expresa declaración sobre las costas.

Apelación: Se revoca la Sentencia de primera instancia y se declara precedente la excepción alegada, sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias

Casación por infracción de Ley

Unico motivo: Al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por defecto en el ejercicio de la jurisdicción e infracción de los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 406-2 de la Ley de Régimen Local, en relación con los artículos 1.089, 1.092 y 1.093 del Código civil; que de acuerdo con la normativa contenida en los referidos artículos, será siempre competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no la civil ordinaria, cuando se trate de enjuiciar la responsabilidad de los actos de la Administración Pública, sujetos al Derecho Administrativo, pero no cuando los actos sean realizados como cualquier otra persona de derecho privado y esta doctrina viene refrendada por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las Sentencias de su Sala Cuarta de 1 de marzo de 1960 y 21 de enero de 1961 entre otras. Para interpretar las pretensiones contenidas en el súplico de la demanda hay que diferenciar en la actuación de la Corporación Municipal su faceta de propietario del edificio y de entidad de Administración Local. Todas cuantas referencias se hacían en la demanda a las infracciones cometidas era para poner en evidencia la actuación del Ayuntamiento en el caso denunciado, pero en ninguno de los dos pedimentos del súplico se pide la nulidad de un acto administrativo ni se combaten las resoluciones adoptadas por la Corporación Municipal en el ejercicio de unas facultades regladas.

Considerando: Que, a efectos del recurso, es de excepcional relevancia la de precisar la actuación del Ayuntamiento de Valencia en su calidad de persona jurídica de derecho privado (tesis del recurrente) o de ente de administración pública (tesis del Tribunal de Instancia)

Considerando: Que el examen de las razones de tipo fáctico evidencian que los perjuicios ocasionados derivan de la pasividad de la tramitación del expediente contradictorio de declaración de ruina del inmueble propiedad del Ayuntamiento, ocupando por los recurrentes, siendo altamente significativo también, al respecto, el elemento objetivo de la petición.

Considerando: Que lo expresado anteriormente revela que la Corporación Municipal actuó como autoridad de Administración Local, en función de policía urbana y con facultad de imperio y el hecho de que el Ayuntamiento

fuera propietario del inmueble que ocuparan los recurrentes no desvirtúa su actuación como administración pública, que de no serlo no la habría podido desarrollar.

Considerando: Que desde el punto de vista formal y desde un enfoque material, la actuación del Ayuntamiento es acto administrativo porque emana de la Administración Pública, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el apartado b) del número 2.º del artículo 1.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa las entidades de Administración Local se consideran Administración Pública; por tanto la pretensión procesal de los recurrentes se relaciona con acto administrativo formal y material, lo que origina la competencia de la Jurisdicción Administrativa, ampliada por tratarse de cuestión sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como consecuencia de acto administrativo, apartado b) del artículo 3.º de dicha Ley.

Considerando: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 1748 de la Ley Procesal civil, procede imponer las costas del recurso a los recurrentes, siendo innecesario el pronunciamiento en cuanto al depósito, ya que por la disconformidad de los fallos de instancia no fue constituido.

Fallo: No haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y condena en costas a los recurrentes.

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970.—*Cuestión de competencia surgida sobre conocimiento de juicio de cognición en reclamación de cantidad. En reclamación del precio de venta mercantil y no existiendo sumisión expresa ni tácita, las mercancías se entienden entregadas en el establecimiento del vendedor sin que a ello se oponga el giro de letras para la efectividad del pago, ni que la venta se realice por medio de agente.*

Demanda: Ante el Juzgado Municipal número 5 de Zaragoza se presentó reclamación de cantidad contra el propietario de la empresa comercial «Halva», cuyo nombre se ignora, y con domicilio en San Baudilio de Llobregat, calle..., por importe de diversas remesas de muebles que se especificaba, y que el demandado recibió a su entera satisfacción, sin que por el mismo se hiciera efectivo el importe de los efectos, que para cubrir el importe de dicha remesa le fueron girados.

Contestación: Por el demandado se presentó escrito ante el Juzgado Municipal de Cornellá, promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria, por entender que según se desprendía del escrito de demanda y de la documentación a la misma acompañada, la cantidad reclamada procedía del envío de géneros, y que fueron desatendidos los giros que efectuó para el pago de tales facturas, y como quiera que ignora quién sea el autor, ni éste acredita ser dueño de «Sillerías Moncayo», niega tener obligación pendiente con dicho señor y cualquier reclamación que se le formule corresponderá a la jurisdicción del Juzgado de Cornellá, domicilio del demandado; que además, el lugar donde se realizaron los contratos, origen de las supuestas obligaciones, fue Barcelona, y el domicilio señalado para el cumplimiento de la obligación fue el del demandado, según puede verse por la domiciliación de los giros, por lo que de conformidad con la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 72 y 73 de la propia Ley debe decidirse la competencia a favor del Juzgado de Cornellá.

Resultando: Que por el Juzgado de Cornellá, previo dictamen del Ministerio Fiscal, se dictó auto requiriendo de inhibición al Juzgado Municipal número 5 de Zaragoza y éste, acordó oír por tres días a la parte actora, que se opuso a la inhibición solicitada, afirmando que los géneros fueron remitidos a porte debido, que los géneros se vendieron en el establecimiento mercantil del vendedor, donde la cosa vendida se hallaba en el momento de perfeccionarse el contrato, por lo que según reiterada jurisprudencia era competente para conocer del asunto el Juzgado de Zaragoza.

Previo dictamen fiscal, el juzgado de Zaragoza denegó el requerimiento de inhibición formulado por el de igual clase de Cornellá, y habiendo insistido este último en su requerimiento inhibitorio, ambos Juzgados han elevado sus respectivas actuaciones a esta Sala, donde no se personaron las partes.

Considerando: Que de las manifestaciones de las partes y de los documentos aportados, a los sólo efectos de la competencia, aparece justificado, que se reclamó el pago de mercancías, remitidas desde Zaragoza a San Baudillo de Llobregat a través de un agente, tratándose por tal de reclamación del precio en venta mercantil, en que no existe sumisión expresa ni tácita, y en esta clase de contratos, las mercancías se entienden entregadas en el establecimiento del vendedor, y por tanto, al Juez de este lugar, corresponde entender de la demanda reclamando el pago, sin que a ello se oponga el que se giren letras para la efectividad de éste, que sólo significa una facilidad para hacerlo, ni que la venta se haga por medio de agente, todo ello según lo establecido por los artículos 1.171 y 1.500 del Código civil; 325 del Código de Comercio; 62-1.º de la Ley de Enjuiciamiento y la reiterada doctrina de esta Sala que los interpreta.

Fallo: Que debemos decidir y decidimos a favor del Juzgado Municipal número 5 de Zaragoza la competencia para conocer de la reclamación.

E. I. M.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA REPRESENTACION DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. (*Sentencia de 14 de mayo de 1970*).

I. INTRODUCCIÓN

La Orden de 30 de abril de 1966, que publicó el «B. O. del E.», de 9 de mayo, se dicta—según su preámbulo— para aclarar el artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo. Concretamente, esta Orden ministerial dice así:

«La facultad de obrar en concepto de representante ante los Organos de la Administración pública, que confiere el artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo, no tiene otro alcance que el de poder realizar actos esporádicos, no retribuidos derivados de relaciones de amistad o buena convivencia, sin que de forma alguna pueda entenderse que al amparo de dicho precepto pueda actuarse por representación de una forma habitual remunerada y con carácter profesional, puesto que para ello sería requisito imprescindible el someterse a las demás normas de carácter profesional y fiscal que regulan la materia, y concretamente el Estatuto Orgánico de la Profesión de Gestor Administrativo, aprobado por Decreto 424/1963, de 1 de marzo.

Con el fin de evitar que los distintos órganos de la Administración pública permitan la intervención como representantes con carácter habitual, lucrativo y profesional de personas que carecen de esta facultad, por no cumplir los requisitos exigidos por las disposiciones de carácter profesional citadas.

Esta Presidencia del Gobierno, en virtud de las facultades que le confiere la disposición final segunda de la Ley de procedimiento administrativo, ha tenido a bien aclarar la presente cuestión de la siguiente forma:

La actuación ante los órganos de la Administración Pública en concepto de representante al amparo del artículo 24 de la Ley de Procedimiento administrativo, cuando se lleve a cabo de forma habitual, retribuida o profesional, deberá someterse al cumplimiento de las normas establecidas en el Estatuto Orgánico de la Profesión de Gestor Administrativo, aprobado por Decreto 424/1963, de 1 de marzo. Los no profesionales únicamente podrán representar a otras personas ante la Administración al amparo de dicho artículo 24, en casos esporádicos, no retribuidos ni profesionales, surgidos como consecuencia de relaciones de amistad o buena convivencia.

La presente orden se entenderá sin perjuicio de las normas especiales sobre la materia referentes a las profesiones de Abogados, Procuradores de los tribunales y Graduados sociales».

De este modo, a tenor de la letra de la disposición, en un procedimiento administrativo el único profesional que puede actuar como representante de los interesados es el Gestor administrativo. Salvada la posible actuación de

los Abogados, Procuradores y Graduados sociales, se proclama al Gestor como único representante, adquiriendo así en el procedimiento administrativo un papel análogo al que desempeña en Derecho procesal el Procurador de los Tribunales.

A tenor de la disposición transcrita, el Gestor deviene Procurador administrativo.

Ante esta limitación de la actuación profesional, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

II. LA SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1970

Esta sentencia, de que fue ponente don Enrique Amat Casado, en su primer considerando señala que el problema de fondo planteado se reducía a determinar:

«... si la disposición impugnada, afecta de algún modo a esa antigua tarea confiada al Notario de presentar las escrituras en las oficinas liquidadoras y en el Registro de la Propiedad, que se consagra en el artículo 63, párrafo 2, del Reglamento de 2 de junio de 1944, se recoge en la primera de las disposiciones generales del Decreto de 21 de abril de 1950, y se repite, con bien significativa reiteración, en la reforma de 22 de julio de 1967».

Y se resuelve así en los considerandos tercero y cuarto:

«Que respecto a la cuestión de fondo, la lectura de la Orden recurrida claramente demuestra que la misma exclusivamente se refiere a la actuación, ante los órganos de la Administración Pública, de aquellos representantes que lo fueran al amparo del artículo 24 de la Ley de Procedimiento administrativo, y como las gestiones meritadas que los Notarios efectúan, no las hacen al amparo de dicha norma, sino en virtud de las facultades que les están otorgadas por el artículo 63 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, cuya sustantiva y procesal vigencia no cabe discutir—ni siquiera frente al Estatuto de 1.º de marzo de 1963, esgrimido en este procedimiento, pero situado en la distinta órbita de los representantes de particulares y entidades con «carácter general»—. claro es que la disposición impugnada, cual el representante de la Administración expresa, no afecta en absoluto al Notariado, cuya práctica en el actuar de *litis*—práctica tan antigua como la misma Ley y tan trascendental como su alto destino. la mayor eficacia del documento notarial—nuevamente se acepta y consolida en el Decreto de 22 de julio de 1967, que por su fecha posterior a la Orden recurrida, constituye asimismo prueba irrefutable de la subsistencia proclamada.

«Que por estas razones, y teniendo además en cuenta que la disposición combatida tampoco infringe otros preceptos a que la demanda se refiere —recuérdese que lo que la Orden expresa es que 'no sólo' el mandato representativo, legítima en determinados supuestos—, consecuentemente procede la desestimación del presente recurso, sin que sea de apreciar temeridad y mala fe al efecto de una especial imposición de costas».

III. CRÍTICA

La sentencia comentada se refiere a dos cuestiones: una, si la Orden recurrida afectaba o no a los Notarios; otra, la legalidad y posible validez de sus disposiciones.

En el primer aspecto, la doctrina de la sentencia no puede ser más correcta. Es obvio que la actuación profesional del Notario, dentro de su competencia, en modo alguno puede resultar coartada ni limitada por una simple Orden ministerial, dictada, según se dice en ella, para aclarar un precepto de la Ley de procedimiento administrativo.

Pero en cuanto a la segunda cuestión—que era la básica y fundamental—la sentencia no parece interpretar correctamente los principios informantes de nuestro procedimiento. En efecto, la Orden de 30 de abril de 1966 incurre, en nuestra opinión, en graves infracciones de preceptos de superior jerarquía, que determinan su nulidad.

El cuarto considerando de la sentencia, afirma, por el contrario, que la disposición combatida no infringe otros preceptos a que la demanda se refiere. Ignoramos cuáles eran estos motivos de la demanda. Pero, aparte de ellos, el Tribunal—por imperativo del principio *tura novit curia*—podía y debía tener en cuenta cualquier otra infracción, aunque no se hubiese alegado, ya que en definitiva la nulidad debe apreciarse de oficio. Y en esa nulidad incurre cualquier disposición que infrinja otra de superior jerarquía.

Pues bien, esta Orden de 30 de abril de 1966, empieza por afirmar que se dicta para aclarar un precepto legal, y siempre que un órgano administrativo dicta una disposición administrativa para «aclarar» una Ley, hay que empezar por dudar de las intenciones del órgano administrativo.

Sobre todo cuando por debajo del precepto supuestamente aclaratorio están los intentos de defender a ultranza competencias profesionales, satisfaciendo aspiraciones de los Colegios representativos de determinados intereses corporativos.

Uno de estos Colegios es de los Gestores Administrativos, que vienen defendiendo la actuación de sus colegiados en los procedimientos administrativos, instruyendo expedientes por intrusismo a cuantos tratan de representar a los interesados en un procedimiento administrativo de manera habitual. Y, como dice la sentencia de 16 de mayo de 1969, «... el artículo 93, del Estatuto Orgánico de Gestores Administrativos de 1 de marzo de 1963, establece la presunción del ejercicio habitual de las funciones de Gestor Administrativo, siempre que puedan acreditarse más de tres gestiones retribuidas ante la Administración, en nombre de otra persona, dentro del mismo año natural o aun cuando no llegue a acreditarse la práctica de ninguna gestión, si hubieran cursado, pública o privadamente, invitaciones para que se les confiara encargo e hiciera propaganda o publicidad de cualquier clase en el mismo sentido, hechos en los que está comprendido, como claramente se deduce, el citado recurrente».

La Orden de 30 de abril de 1966 hay que situarla, pues, no en la línea del desarrollo o cumplimiento de las normas de la Ley de procedimiento administrativo, sino en esta línea de protección profesional. De aquí su dudosa validez, como ya

señalábamos en un trabajo publicado en la Revista de Administración Pública (1). En efecto:

1. La Orden invoca como fundamento de su promulgación la disposición final segunda de la Ley de procedimiento administrativo. Es evidente que esta disposición reconoce a la Presidencia del Gobierno la facultad para dictar normas. Ahora bien, siempre con una exclusiva finalidad: desarrollar, complementar la Ley de procedimiento administrativo. Dice así: «se faculta a la Presidencia del Gobierno para dictar cuantas disposiciones complementarias fueran precisas, singularmente para adaptar los preceptos de la Ley al peculiar carácter y estructura de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, a propuesta de los mismos».

Y ¿qué es lo que pretende la Orden de 30 de abril de 1966? ¿Es que puede decirse que desarrolla o complementa las normas de la Ley de procedimiento administrativo? No. Así se desprende de su propio preámbulo que, como todos los preámbulos (según reiterada jurisprudencia) es fuente de interpretación auténtica.

El fundamento de la Orden pretende evitar que los distintos órganos de la Administración Pública permitan la intervención como representante con carácter habitual, lucrativo y profesional de personas que carecen de esta facultad por no cumplir los requisitos exigidos por las disposiciones de carácter profesional citadas.

Esto no tiene nada que ver con el procedimiento administrativo. La cuestión que la Orden pretende resolver no es una cuestión procedimental. No se trata de desarrollar o complementar una norma de procedimiento. Lo que ahora se pretende es algo muy distinto: dirigir una supuesta competencia entre profesionales. Ya que, tal y como está redactado el preámbulo, todo se reduce a eso: a evitar que los miembros de una profesión invadan la esfera de los Gestores Administrativos.

2. El artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo, al admitir que los interesados pueden actuar por medio de representantes, sin establecer requisito alguno, consagra, según se ha dicho, la posibilidad de que sea representante cualquiera.

Un órgano administrativo no puede rechazar un escrito o petición presentado por el representante del interesado por el hecho de que no sea Gestor o por estimar que es una persona que venga desempeñando tal función «con carácter habitual». Aun cuando así fuera, aun cuando el representante no sea Gestor Administrativo y se dedique habitualmente a representar a interesados, la Administración Pública no puede negar validez a su actuación.

Algo muy distinto es el problema fiscal o el penal del intrusismo. Si ese representante habitual está invadiendo la esfera de unos «profesionales» o realizando una actividad sin cumplir con sus obligaciones fiscales, ¡otros son los medios que pueden emplearse para ello! Pero dentro del procedimiento administrativo carece totalmente de eficacia una norma, como la contenida en la Orden de 30 de abril de 1966, nula de pleno derecho. Pues no puede una simple Orden ministerial alterar el régimen de representación sancionado en una disposición con jerarquía de Ley.

Podrá, en su caso, sancionarse por intrusismo a ese representante habitual:

(1) *La representación de los interesados en la Ley de Procedimiento Administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 52, págs. 13-25.

imponerle la correspondiente multa por incumplir las supuestas obligaciones fiscales; pero su actuación ante los Organos de la Administración Pública es perfectamente válida.

3. Ahora bien, centrando el problema que la Orden intenta resolver en sus justos límites, comprobaremos que, con el pretexto de defender el procedimiento de las personas que, con carácter habitual, lucrativo y profesional se dedican a representar a los interesados, lo que se ha hecho es instaurar una competencia específica, en detrimento de la de otros profesionales. En efecto:

a) La propia Orden se da cuenta de que esta competencia que, invocando el estatuto orgánico aprobado por Decreto 424/1963, establece, no puede desconocer la competencia de otras profesiones. Por esta razón, afirma: «La presente Orden se entenderá sin perjuicio de las normas especiales sobre la materia referentes a las profesiones de Abogados, Procuradores de los Tribunales y Graduados Sociales».

Este párrafo tiene una importancia extraordinaria. Pues pone de relieve que la Orden no ha pretendido exigir, al lado de los diversos técnicos, al gestor administrativo (como hacen las Leyes procesales respecto del Procurador). En este punto, la Orden interpreta adecuadamente la Ley de procedimiento administrativo, y, en consecuencia, deja a salvo la esfera de actuación de esos otros profesionales. Cuando actúa un profesional cuyo título le habilita para asistir a los interesados en un procedimiento, no es necesario que, además de ser profesional, actúe como representante el Gestor. Por el contrario, el mismo profesional que asume la dirección técnica ostenta la representación.

Lo cual es lógico. Lo contrario sería, además de ilegal, absurdo.

Cuando estamos ante un procedimiento en el que, para asistir al interesado, hace falta una técnica concreta, sobre el Gestor Administrativo. El Gestor Administrativo está para los asuntos de puro trámite, para cuando no hace falta técnica alguna.

b) Más, en esta línea, la norma de la Orden es a todas luces incompleta. Pues no son sólo los Abogados, los Procuradores o los Graduados Sociales los que pueden actuar en un procedimiento administrativo; además de ellos, existen otros muchos profesionales, cuya técnica, cuyos conocimientos, pueden ser exigidos. Y en estos casos deben poder actuar profesionalmente hasta sus últimas consecuencias.

¿Por qué un Graduado social, por ejemplo, ha de poder actuar en materia propia de su competencia en nombre de un interesado, y no va a poder hacerlo, por ejemplo, un Arquitecto cuando el procedimiento verse sobre materia propia del mismo?

J. G. P.

