

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

*POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1967.—*Rectificación de inscripción en el Registro de la Propiedad en cuanto a la descripción de la finca. Incongruencia. Tradición simbólica y tradición material.*

En la demanda se suplicaba que se dictara sentencia por la que se declarase: A) Que tanto en la escritura de segregación y compraventa otorgada entre las demandadas y don Salvador E. L., el día 14 de junio de 1947, ante el Notario don José Manuel Avila Plá como la de partición de bienes del propio señor E., autorizada el 25 de enero de 1954 por el mismo Notario, y con relación a la parcela de terreno descrita en el hecho primero, se incidió en el error de omitir la calle Ayala al lindero Sur de dicha parcela, siguiendo así que, en este concreto particular, el tal lindero debió ser descrito de la siguiente manera: Al Sur, con la calle Ayala, 7, quebrando con terrenos de la finca de donde se segrega, que forma un solar de 900 metros eje de la calle número 12 del ensanche y con más terrenos de la finca primitiva». B) Que, consiguientemente, era inexacta en el Registro de la Propiedad la descripción del acabado de indicar lindero Sur, en cuanto se transcribía literalmente el del mismo modo inexacto lindero, según los expresados títulos notariales, procediendo que se rectificase la aludida inscripción, es decir, la segunda de la finca número ..., al folio ..., del tomo ... del Registro de la Propiedad de Málaga, en consecuencia con la declaración judicial postulada en el apartado anterior para que, de esa manera, la realidad jurídico-extrarregistral con los asientos del Registro. Y se condenaba a las demandadas: A) A estar y pasar por las consecuencias jurídicas, tanto sustantivas y procesales como registrales, que se derivasen de las precedentes declaraciones. B) Al pago de las costas. Por medio de otrosí se hacía constar: Que para el supuesto caso de que la parte demandada llegase a entender que la demanda exigía que se ejercitase la acción de nulidad y de cancelación registrales a que se refería el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en lugar de la mera postulación formulada anteriormente, las actoras no habían de oponer obstáculo ninguno a ello, a cuyo efecto señalaban como inscripción nula y cancelable en tal supuesto la

correspondiente a la finca matriz de que procedía la segregada, o sea, que la constituía, según expresaron las demandadas en la escritura de segregación y compraventa, la inscripción primera de la finca número ..., al folio . . , del tomo ... del Registro de la Propiedad de Málaga, y suplicando que se entendiera condicionalmente, y para tal evento, solicitaban que la sentencia, además de los pronunciamientos interesados, el de que era nula y procedía la cancelación de la referida inscripción primera, de la finca número ..., al folio . . , tomo ... del Registro de la Propiedad de Málaga, relativa a la finca matriz propiedad de los demandados, según quedó después de la segregación practicada en la escritura de 14 de junio de 1947, ante el Notario señor Avila Pla.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la parte demandada e imputo las costas a la parte actora. La Audiencia estimó la demanda y declaró: Que tanto en la escritura de segregación y compraventa otorgada por doña María del C. y doña María de las N, y don Salvador E. L., el día 14 de junio de 1947, ante el Notario de Málaga, don José Manuel Avila Plá, como en la partición de bienes del propio señor E., autorizada el 25 de enero de 1954 por el mismo Notario, y con relación a la parcela de terreno que aparecía descrita en el primero de los capítulos de la demanda, se incidió en el error de omitir la calle de Ayala al lindero Sur de dicha parcela, siendo así que, en este concreto particular, el tal lindero debió ser descrito de la siguiente manera: Al Sur, con la calle de Ayala, y, quebrando, con terrenos de la finca de donde se segregó, que forma solar de 900 metros eje de la calle número 12 del ensanche, con más terrenos de la finca primitiva: Que, consiguientemente, era inexacta en el Registro de la Propiedad la descripción del acabado de indicar lindero Sur en cuanto se transcribía literalmente el del mismo modo inexacto lindero, según los expresados títulos notariales, procediendo que se rectificase la aludida inscripción, es decir, la segunda de la finca número ..., al folio . . , del tomo . . del Registro de la Propiedad de Málaga, en consecuencia con la declaración que se hacía en el apartado que precedía, para que la realidad jurídica correspondiera con los asientos del Registro; condenando a la parte demandada, a estar y pasar por las consecuencias jurídicas, tanto sustantivas, procesales como registrales, que se derivasen de las precedentes declaraciones, sin hacer expresa condena de las costas de ambas instancias.

Interpuesto Recurso de Casación, no prosperó, en méritos de los siguientes Considerandos:

Considerando: Que el primero de los motivos de este Recurso de Casación por infracción de Ley se formula al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y en él se denuncia que la sentencia recurrida incide en el vicio de incongruencia, citándose expresamente como infringido el artículo 359 de la misma Ley Procesal, y arguyendo, en suma, que la demanda se apoya *únicamente* en los artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria, y en la petición sustancial de que procede rectificar, en el Registro de la Propiedad, la inscripción de la finca que se describe en el hecho primero de la demanda, «sobre el supuesto de que en la escritura de 14 de junio de 1947, por la que se segregó de otra mayor y fue vendida por las demandadas (ahora recurrentes) al

padre de las demandadas, *se cometió el error* de no expresar que lindaba por el Sur, con la calle de Ayala, error trascendente en la inscripción y que es el que se pretende que rectifique», alegando, al respecto, que la sentencia impugnada basa esencialmente su fallo estimatorio en los artículos 1.250, 5.255 y 1.257 del Código civil, y que la incongruencia denunciada se produce cuando, en los razonamientos que conducen al fallo y son base del mismo, «se actúan normas distintas de las en que se apoya en la demanda una acción específica y se transmuta el problema litigioso en otro distinto del planteado».

Considerando: Que, en primer lugar, debe consignarse que el fallo recurrido, en su aspecto externo, es perfectamente congruente con las peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, y, en cuanto al problema concreto planteado, debe destacarse que, si bien el Juzgador ha de atenerse a la cuestión de hecho y a lo alegado por las partes, es libre en la cuestión de derecho para resolver, según las Leyes y doctrinas legales que considere aplicables, aunque no hayan sido alegadas, pues la aplicación de la norma pertinente al caso que se somete a decisión es privativa del juzgador, a tenor de la máxima *jura novit curia* (entre otras, sentencias de 29 de enero de 1940 y 17 de febrero de 1950, así como la de 7 de mayo de 1958) y, conforme al apotegma *da mihi factum et tibi dabo jus*, no tienen necesidad ni obligación los Tribunales, dentro de nuestro sistema procesal, de sujetarse, en su fallo, a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, pudiendo basar sus resoluciones en otros distintos, cual reiteradamente tiene también declarado esta Sala; a lo que debe añadirse que, en el caso presente, la razón de pedir sustancialmente radica en el error que se afirma haberse sufrido al extender un contrato, cuando se expresó la linde Sur de la finca vendida, y, consecuentemente, en la necesidad de rectificar ese error entre contratantes, a lo que se opusieron los demandados ahora recurrentes, siendo de notar, asimismo, que en el escrito de réplica se citaron por las actoras como fundamentos de derechos, entre otros, los artículos 1.257 y 1.258 del Código civil, razones todas por las que es obvio que el Tribunal *a quo* no ha incurrido en el vicio de incongruencia que se le atribuye, y, por consiguiente, el motivo primero debe ser rechazado.

Considerando: Qué de la cuestión fáctica probatoria se ocupan los motivos 3.º y 4.º, ambos acogidos al ordinal 7.º del mentado artículo 1.692, y en ellos se aduce, respectivamente, error de hecho y de derecho en la estimación de la escritura de 14 de junio de 1947, que es también la que, como documento auténtico, se designa para demostrar el pretendido error; mas debe notarse que esa escritura es precisamente el instrumento básico del pleito que el Tribunal examinó, y tuvo en cuenta, en contraste con otros hechos y probantes, para establecer la tesis descrita del litigio, sin que el Tribunal desconociese la literalidad de su contenido, razón por la que no puede esgrimirse como auténtico para evidenciar el supuesto error de hecho; ni tampoco ha incurrido la Sala de instancia en error de derecho, pues si bien el artículo 1.218 del Código civil obliga a dar fuerza probatoria a lo que el documento público contenga, ello no impide que se apruebe por otros medios aquello en que aquél sea discutido, sin que pueda prevalecer dicho precepto para constatar una apreciación conjunta de los elementos probatorios, cual es la que se hace en el segundo fundamento de la sentencia recurrida, razones todas conducentes al decaimiento de esos dos motivos.

Considerando: Que, por similares razones, tiene que ser desestimado el motivo 2.º, en el que, por la vía del número 1.º del artículo 1.692, se sostiene que la

sentencia recurrida viola, por inaplicación, el artículo 1.281 del Código civil, arguyendo las recurrentes que los términos del contrato de compraventa de 14 de junio de 1954, según la escritura continente del mismo, son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, y que, por tanto, ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas; pero con base en este motivo no se puede producir la casación, pues el Tribunal *a quo*, para estimar que existió error y para apreciar cuál era la verdadera linde Sur de la finca segregada y vendida, sin negar la literalidad del documento en cuestión, cuyos términos, en cuanto a esa linde, no resultan claros, no se atuvo a la simple interpretación del mismo, sino que, para establecer los hechos probados, se basó en la prueba practicada, apreciada en su conjunto, con la debida ponderación de los diversos elementos que la Sala analiza, y esa apreciación no puede ser atacada eficazmente por la aislada interpretación de un documento que el Tribunal tuvo también en cuenta.

Considerando: Que igualmente, al amparo del número 1.º del antes mentado artículo 1.692 de la Ley Procesal, se formulaba al motivo 5.º, «en cuanto en la sentencia recurrida se infringe, por violación al no aplicarlo (en opinión de las recurrentes), el artículo 1.462 del Código civil», entendiéndose las impugnaciones que, «si en la sentencia recurrida se hubiera tenido en cuenta el contenido del artículo 1.462 del Código, se hubiera llegado a la conclusión de que la tradición o entrega al comprador de *la cosa vendida* tuvo lugar en modo ficto o simbólico al otorgarse la escritura de venta, y que en aquel momento quedaba ésta por esta tradición, consumada la venta, y adquiriría el comprador el dominio de la parcela; pero que esa tradición se concretaba a la finca nueva que, segregada de otra mayor, se constituía por la misma escritura con claros y específicos linderos, aceptados sin reserva por el comprador».

Considerando: Que en el segundo fundamento de la sentencia recurrida, como resultado de la prueba practicada, apreciada, en su conjunto, se establecen, entre otros, los siguientes hechos: a) Que el padre de las actoras—comprador de la finca—tenía la parcela de tierra en arrendamiento; b) que esta parcela *está cerrada y perfectamente delimitada* y en posesión de las demandantes; c) que, *según aparece de la prueba*, este cerramiento data desde la compra; d) que es claro y cierto que la actual parcela, en la forma delimitada por su cerramiento, desde la venta, fue la entregada como vendida y comprada, y precisamente constituye el objeto de la compraventa; e) que el contrato sirvió de título para transferir la propiedad de la parcela, *mediante la tradición material de la cosa vendida*, según hemos visto, por ser entregada materialmente, «sin necesidad de la ficta simbólica que representa la escritura».

Considerando: Que el artículo 1.462 del Código civil consta de dos párrafos con diferente contenido, por lo que debiera haberse concretado cuál de ellos fuere claramente el que se supone infringido o si lo han sido los dos; pero aun admitiendo que se trate del segundo párrafo de dicho artículo, debe advertirse que lo que el texto legal dice es que el otorgamiento de la escritura *pública equi-valdrá* a la entrega de la cosa objeto de contrato; pero no empece, lógicamente, a que, aun admitiendo ese otorgamiento, medie entrega y tradición material de la finca vendida, y, en el caso presente, cualquiera que fuere el criterio de esta Sala al respecto, lo cierto es que tal entrega se afirma como hecho en la sentencia recurrida, y como las afirmaciones fáctico-probatorias del Tribunal *a quo*, sobre este punto, no han sido debidamente combatidas, valiéndose al efecto de cauce procesal idóneo, falta por ello el supuesto necesario

de este motivo 5.º, por carencia de la necesaria e ineludible base *de facto* y, en consecuencia, tiene que ser rechazado.

Considerando: Que la misma suerte desestimatoria debe correr el 6.º y último de los motivos, en el que, por el mismo cauce procesal del anterior, se alega que la sentencia recurrida viola, por no aplicación, el artículo 1.253 del Código civil, pues, en primer lugar, todo el desarrollo de este motivo resulta confuso y no aparece justificado el concepto de la infracción que se aduce (violación por no aplicación, o sea, violación en su aspecto negativo); pero, además se parte de haber quedado demostrado lo que es objeto del motivo precedente en cuanto a la tradición ficta, con lo que se pretende excluir la tradición y entrega material reconocidas en la sentencia impugnada, como ya queda dicho, y, esporádicamente, se combaten algunos de los elementos de juicio tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia; pero se omiten otros, ponderados dentro de la apreciación conjunta de las pruebas, intentando así las impugnantes que sus particulares opiniones prevalezcan sobre las apreciaciones fácticas y deducciones corroboratorias hechas por el Tribunal *a quo*, al cual pretenden sustituir, lo que no es admisible.

Concluyendo. Que, al no ser estimado ninguno de los motivos del recurso, procede declarar no haber lugar al mismo, con los pronunciamientos adecuados y pertinentes.

SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1967.— *Concepto de mención registral. Efectos de la cancelación de la mención frente a los titulares inscritos. Valor de los datos de cabida de las fincas obrantes en el Registro.*

En autos sobre acción declarativa de dominio se litigó, entre otros extremos, acerca del valor como mención del siguiente texto, que figuraba en la descripción de una finca en el correspondiente asiento de inscripción en el Registro: «Que su extensión de 2.222 hectáreas, 33 áreas, ha quedado reducida a 2.169 hectáreas y 76 áreas, por haberse cedido algún terreno de esta finca para el Sindicato de las Aguas de Híjar». También fue objeto del pleito la eficacia de la cancelación que se practicó de dicha llamada mención, por caducidad, mediante la correspondiente nota marginal, pues la parte demandada, luego recurrente, estimando que dicha atribución de propiedad a persona distinta del titular registral (que por suponer un derecho de dominio podía y debía ser objeto de una inscripción separada y especial) tenía todos los rasgos que tipificaban la «mención», solicitó y obtuvo su cancelación en octubre de 1959, al amparo de la disposición transitoria 1.ª, A, de la Ley Hipotecaria.

La parte demandante, luego recurrida, calificó de absurda e improcedente «la cancelación de una mal llamada mención» y pidió en su demanda que se declarase que era improcedente y debía quedar nula y sin efecto alguno la nota marginal de cancelación de dicha mención y, en su consecuencia, se condenase a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y pronunciamientos, etc.

La parte demandada, luego recurrente, sostuvo y alegó: que la sentencia recurrida estima que la atribución de las 52 hectáreas, 57 áreas al Sindicato no revisten el carácter legal de una «mención», y por ello no le afectan al

mandato de caducidad de la disposición transitoria primera, letra A), de la Ley Hipotecaria; y como argumento dice que «para que pueda calificarse (de mención) es preciso que se trate de una carga o gravamen, lo que no sucede en el caso de autos, ya que forma parte de la descripción exacta de la finca enajenada». La sentencia recurrida olvida a dicho respecto, sigue diciendo el recurrente, que el artículo 19 de la Ley Hipotecaria de 1869, vigente hasta 1944, y que constituye la fuente legal de dicho especial asiento, dice: «el dominio o cualquier otro derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones o anotaciones»; que no es, por tanto, admisible dicha particular opinión de excluir del objeto de la mención el dominio. Así se han pronunciado diversos autores, añade, que estiman que la «mención» es una mera indicación que se hace en un asiento de la existencia de otro derecho real «distinto», del que constituye el objeto de aquél. Que los requisitos que según la doctrina debe reunir la «mención» son: 1.º, alusión, noticia o referencia en forma simple, pero expresa; 2.º, que lo mencionado afecte a la finca o derecho que es objeto principal de la inscripción o anotación; 3.º, que indique la existencia de otro derecho real en sentido amplio, y, por consiguiente, el dominio y los *jura in re aliena*; 4.º, que dichas características concurren en el supuesto del pleito, ya que se alude en forma expresa y simple al «dominio», que, por cesión, tiene el Sindicato recurrido sobre una parte de la finca de «La Codoñera», 52 hectáreas, 57 áreas, objeto de la inscripción principal que se practica; que dicha referencia al Sindicato como titular, y a la finca, como objeto, es expresa, pero simple, es decir, escueta; que dicho dominio del Sindicato recurrido afecta a «La Codoñera», en cuanto que reduce su cabida, y, finalmente, dicho dominio del Sindicato sería susceptible de inscripción especial y separada. No cabe considerar, como una condición especial del acto que se inscribe, dicha referencia a las hectáreas que han pasado, por cesión, al patrimonio del Sindicato; que la última referencia que tipifica la condición de un negocio es su carácter complementario y accesorio que forma un todo con el acto principal al que acompaña; que, en cambio, en la mención se alude a un derecho distinto, autónomo, que por sí solo es susceptible de inscripción separada y especial, circunstancia que nunca podrá alcanzar la condición de un acto jurídico; que por ello la sentencia recurrida a juicio de la Sociedad recurrente incide asimismo en error al afirmar que la alusión a la diferencia de cabida, por cesión al Sindicato, «forma parte de la descripción exacta de la finca enajenada». Para la exacta descripción de una finca, sigue razonando la parte recurrente, que haya sufrido segregación, no es necesario hacer alusión a éstas, ni a los adquirentes de las fracciones segregadas; basta considerar la cabida actual, como resulta de los artículos 47 y 51 de la regla 4.ª del Reglamento Hipotecario; que tampoco cabe calificarla de cualidad del predio, pues reviste dicho carácter lo que afecta al destino, como son cultivo, secano, regadío, edificación, etc., a su naturaleza, etc.; que no cabe sustraer a sus rasgos típicos de «mención» la referencia o noticia que la inscripción de «La Codoñera» contenía, respecto al dominio del Sindicato de las Aguas de Híjar, sobre 52 hectáreas y 57 áreas, y, por ende, excluirla de la disposición transitoria primera de la Ley Hipotecaria de 1944, que proclama «caducarán y no surtirán efecto alguno, siendo canceladas de oficio o a instancia de parte las menciones que teniendo menos de quince años en 1 de julio de 1945 no hubieren sido inscritas o anotadas en la forma procedente, dentro del plazo de dos años a contar de 1 de enero de 1945. La inoperancia absoluta a que a partir de 1 de enero de 1947 se condenaba a las menciones daba a la Sociedad

recurrente y a cualquier otra persona un veredicto de seguridad para adquirir «La Codoñera»; lo contrario sería desconocer la fuerza constructiva de la Ley, al superar y sustituir el pasado; que el Sindicato conoció o debió conocer—y en cualquier caso la ignorancia a él y sólo a él le es imputable—la disposición transitoria primera de la Ley Hipotecaria de 1944; que si no se acogió al régimen de convalidación y conversión de mención en inscripción, que por un plazo generoso de dos años le otorgaban, a él sólo le era imputable, pero no a la Sociedad recurrente; que por lo expuesto es evidente que la sentencia recurrida ha incidido en el vicio denunciado en el presente motivo.

La sentencia del Tribunal Supremo no acogió esta argumentación de la entidad recurrente; no accedió a la casación. Son sus Considerandos:

Considerando: Que los cuatro primeros motivos del recurso razonan en torno a las consecuencias que la parte recurrente atribuye al hecho de la cancelación, obtenida a su instancia en el Registro de la Propiedad de Aliaga, el 3 de marzo de 1959, de la noticia o dato descriptivo, al que llama «mención registral», que constaba en la inscripción de la finca «La Codoñera», admitida por ellos y referente a que su cabida había sido disminuida, con relación a la primera inscripción, por cierta segregación de terrenos hecha a favor del Sindicato de Riegos de Híjar, que es la parte recurrida, nota marginal de cancelación que fue declarada nula por la sentencia de apelación.

Considerando: Que, como se dice en la sentencia recurrida, la noticia sobre cabida que se da en la inscripción de la finca referida y en los términos en que está concebida no merece el calificativo de «mención registral», conforme al artículo 29 de la Ley Hipotecaria derogada, y, por tanto, no ha de estar sujeta a toda la secuela de caducidades y cancelaciones consignadas en la nueva Ley de 8 de febrero de 1946, y ello por las siguientes razones: 1.ª Porque la mención hipotecaria, en sentido propio, alude siempre a la existencia de un gravamen, ya que, como dice la sentencia de 31 de diciembre de 1963, la mención es «la alusión, hecha en forma expresa, en la inscripción o anotación preventiva de una finca, de un acto inscribible, pero no inscrito, relativo a la existencia sobre ella de una carga o gravamen, que se haya relacionado, mas no constituido, en el título que originó tal inscripción», y tan es así, que la doctrina y la jurisprudencia interpretativa de la Ley excluyen del concepto de «mención», tal como era entendida por el artículo 29 de la vieja Ley, toda indicación sobre derechos personales de crédito, toda referencia a las participaciones no inscritas, en la inscripción o anotación del condueño que inscribe, toda referencia a gravámenes no inscritos hecha en la inscripción del predio dominante y desde luego toda alusión a cabida y a segregación, inscritas o no, como ocurre en el presente caso. 2.ª Porque la caducidad de esta clase de citas en la inscripción cae fuera del propósito que encaminó a la nueva Ley a eliminar, de entre las numerosas menciones que se perpetuaban en el Registro con efectos perturbadores, aquellas que permitidas en la legislación derogada eran incompatibles con la nueva regulación establecida en los artículos reformados 29 y 9 de la Ley y 51 del Reglamento para su aplicación de 14 de febrero de 1947, y para lograrlo estableció el mecanismo de la cancelación a instancia de parte e incluso de oficio; a ello se acogió la parte recurrente, amparándose en que los demandantes no tenían su derecho inscrito, para solicitar la cancelación, que indebidamente alcanzó, de lo que llaman «mención», cuando en realidad no había relación alguna entre las citas en la descripción de una finca y aquellas menciones, hechas al

amparo de la vieja Ley, a las que el texto de la nueva y sus disposiciones transitorias se refieren.

Considerando: Que, aunque de mención propiamente dicha se tratara, como aduce la parte recurrente, tampoco podría prosperar su impugnación a la sentencia; pues, por una parte, dada la fecha de la cancelación, posterior a su adquisición, ellos nunca podrían ostentar la calidad de terceros de buena fe a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Lo serían en todo caso los posteriores adquirentes y, por otra parte, los efectos de la inscripción no son en España constitutivos y la mención de cabida en el Registro siempre está sujeta a posibles rectificaciones previstas en los artículos 39 y 40 de la Ley, con objeto de poner de acuerdo sus asientos con la realidad, aun en virtud de títulos no inscritos, lo que ha sido puesto en práctica por numerosas sentencias de este Tribunal, entre las que citaremos sólo las de 21 de marzo de 1948, 9 de noviembre de 1949 y 30 de septiembre de 1955; por todo lo cual, y por lo expuesto en los Considerandos que anteceden, es procedente desestimar los cuatro primeros motivos del recurso, en los cuales, al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se consideran violados, por inaplicación, los artículos 29, 98, 36, 17, 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria y las numerosas sentencias de esta Sala, que cita el recurrente en el encabezamiento de cada uno de los dichos motivos.

Considerando: Que en el motivo quinto del recurso, y al amparo del número 1.º del artículo 1692, por interpretación errónea de los artículos 34, 17 y 32 de la Ley Hipotecaria, se sostiene que, aun dando virtualidad a la mención que ellos consideran cancelada y que se expresa en los siguientes términos: «Su extensión de 2.222 hectáreas ha quedado reducida a 2.161 hectáreas, por haberse cedido «algún terreno» al Sindicato de las Aguas de Hijar», ésta tendría eficacia sólo en cuanto a la cabida de 52 hectáreas, diferencia marcada entre la cabida anterior y la actual y no por las 146 hectáreas que declaró la sentencia que se impugna; pero a tal punto de vista hay que contraponer, desestimando el motivo, las siguientes razones: 1.ª Que las afirmaciones sobre cabida en el Registro son siempre revisables (artículos 39 y 40) ante pruebas concretas extrarregistrales, como las que existen en el presente caso: escritura de 10 de enero de 1880, donde se concreta el dato y actas levantadas por los Ingenieros señores Berbegal y Gorría, en proyecto de deslinde, que no llegó a realizarse, de donde toma base la sentencia recurrida para afirmar una cabida y unos libros que han de tenerse en cuenta en el deslinde y amojonamiento que prescribe. 2.ª Que la referencia registral de la segregación no fija la cabida de lo segregado, sino que afirma la existencia de la segregación de «algún terreno» en favor del recurrido y a continuación especifica la cabida actual de la finca, sin detallar los factores que tuvo en cuenta para concretarla.

SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1967.—Tercera de dominio. Los efectos del embargo de inmuebles serán plenos y alcanzarán a los terceros a partir del momento en que se practique la anotación misma o al menos se extienda el asiento de presentación del mandamiento. Tales efectos no alcanzan a las transmisiones anteriores.

Antecedentes: 1.º Por escritura otorgada el 23 de enero de 1954 ante el Notario de Naval Moral de la Mata, don José M. N., don S. M. B. y su esposa, doña C. G. L., vendieron a la sociedad demandante una finca

urbana sita en aquella villa, calle del Tinto, hoy Alfonso XIII, sin número de orden y de ignorada extensión superficial, aunque según medición es de 800 metros cuadrados, que se describe. 2.º En la escritura de compraventa aludida se hace constar que la posesión de trámite por el otorgamiento, aunque sea una consecuencia inherente a la escritura pública, conforme lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil, a no ser que del título resulte o se deduzca claramente lo contrario. 3.º El corral comprado por CIMASA había sido comprado a su vez por don S. M. B. y su esposa por medio de escritura pública otorgada a su favor el mismo día 22 de enero de 1964. a don A. N. Y. y doña G., doña I. y doña C. M. del M., ante el Notario don Juan Madrazo Núñez, es decir, en la misma fecha, ante el mismo fedatario, e inmediatamente antes, hasta el extremo de ser correlativos los números asignados en el protocolo, que vendieron a CIMASA, señalaba el protocolo del Notario. 4.º El mismo día 22 de enero de 1964, y después de las siete de la tarde, el Procurador de los Tribunales, don Arsenio Marzós González, que actuaba en nombre de don V., doña F., doña M.-J. y doña B. T. D., presentó en el Juzgado demanda de juicio ejecutivo en reclamación de 225.000 pesetas de principal, gastos e intereses legales. contra doña S. M. B. La demanda tiene fecha 22 de enero, y en ello, por medio de otrosí, se manifestaba que tienen noticias de que el demandado, en aquel día, sobre las siete de la tarde, había adquirido por compra a varios vecinos de aquella localidad un corral en la calle del Tinto, hoy Alfonso XIII, temiendo que inmediatamente volviera a venderla con el fin de declararse insolvente, y por ello solicitaba se llevara a efecto la traba con la urgencia que el caso requería, previa la habilitación de las horas precisas de la noche. 5.º El Juzgado accedió a ello mediante auto de la misma fecha y posteriormente se dictó mandamiento de ejecución contra los bienes del demandado y se practicó la diligencia de embargo. Es obvia la necesidad de emplear algún tiempo considerable en todas estas medidas y actuaciones, aun suponiendo celeridad apresurada, por lo que resulta evidente que la traba se produjo bien entrada la noche del 22 de enero y por supuesto, después de otorgada la escritura pública de compraventa hecha a favor de CIMASA por don S. M. B. y su esposa. 6.º Que la demanda ejecutiva deducida por los hermanos T. se dirigió originariamente sólo frente a don S. M. B., se procedió con posterioridad a ampliarla contra doña C. G. L., esposa de éste, por lo que el día 24 de enero se dirigió mandamiento al Registro de la Propiedad para que tomara razón de esta medida procesal, aunque en autos no aparece que se haya acreditado diligencia alguna con dicha señora. 7.º En la diligencia de embargo llevada a efecto, el agente judicial trabó embargo de la finca descrita en el hecho primero y no se hace constar la hora en que se practicó. 8.º El mandamiento dirigido al Registro de la Propiedad produjo el día 23 de enero el asiento número 282 del tomo 37 del libro-diario; suspendida la anotación preventiva por no aparecer la finca, tal como se describía, inscrita a nombre del deudor demandado ni de ninguna otra persona, se produjo anotación de suspensión, y el día 11 de febrero, subsanado el defecto, se convirtió en anotación preventiva de embargo la de suspensión. 9.º La finca litigiosa ha sido pericialmente tasada en 200.000 pesetas. Alegó en derecho y suplicó se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: a) Que se declare que la finca urbana descrita en el hecho primero de la demanda, es decir, un corral situado en la calle del Tinto, hoy Alfonso XIII, pertenece en pleno dominio a la entidad demandante, Comercial o Industrial Económico-Agrícola, S. A., abreviadamente CIMASA. b) Que en consecuencia se declare también que es nulo e ineficaz el embargo practicado en

la referida finca en el juicio ejecutivo instado frente a don S. M. B. y luego frente a su mujer por don V., doña M. J., doña B. y doña F. T. c) Que se declare libre de tal embargo y traba la finca aludida por no pertenecer a los ejecutados, sino a CIMASA d) Que se alce el tan repetido embargo de la finca litigiosa. e) Que se decrete la cancelación de las anotaciones que tal embargo hayan producido en el Registro de la Propiedad de Naval Moral de la Mata. f) Que se libre mandamiento al Registrador de la Propiedad, para que proceda inmediatamente a la cancelación del asiento de la anotación preventiva del embargo de la finca y de cualesquiera otros que haya producido tal medida en los libros del Registro. g) Que se condene a los demandados a estas legítimas pretensiones, al pago de todas las costas que se causen en el procedimiento. Acompañó a su escrito los documentos a que el mismo hace referencia.

Resultando que, admitida la demanda a trámite y emplazados los demandados, no compareció en los autos más que don V., doña M. J., doña F. y doña B. T. D, representados por el Procurador don ..., y contestando la demanda el citado Procurador, estableció en síntesis los siguientes hechos. 1.º Niega todos los de la demanda en cuanto no se ajusten o coincidan con los que expone a continuación. 2.º Sus representados no han intervenido en el otorgamiento de la escritura de fecha 22 de enero de 1964, por lo que nada les consta del contenido de la misma, si bien advierte que en nada les afecta que pertenezca la finca en pleno dominio a la sociedad demandante para que el embargo pueda sobrevivir, según expone más adelante. 3.º Que la escritura de compraventa otorgada por don A. P. y otros a favor de don S. M. se hizo por el Notario en el domicilio de doña M. del M., en la calle de Medellín, de aquella villa, después de las siete de la tarde del 22 de enero de 1964. b) Que la escritura por la que aparece vendiendo don S. M. y su esposa la misma finca a CIMASA no se hizo en el domicilio antes indicado, al que no concurren ni la esposa de don S. M. ni el representante de CIMASA. c) Que si bien es cierto que el día 22 de enero de 1964 se otorgó la escritura de compraventa por don A. P., esposa y cuñadas, a favor de don S. M., de la finca objeto de este pleito, en realidad la venta se había hecho ya hacía algunos años, pero como la venta se había hecho con precio aplazado, en el documento privado se hizo constar que la escritura de venta se otorgaría cuando don S. pagara el último plazo, como lo pagó el día 22 de enero de 1964, fue por este motivo por lo que en dicho día y mediante la escritura de que se ha hecho mención se solemnizó la venta. 4.º En las primeras horas del día 22 de enero de 1964, don S. M. manifestó a don A. P. que quería pagarle el último plazo del precio del corral objeto de esta litis, y como don S. M. no tenía obligación de pagar el último plazo hasta el mes de febrero de 1965, la conducta de éste infundió sospechas al señor P., tanto más cuanto que es del dominio público que la situación económica de don S. M. es harto precaria, sospechas que se aumentaron al tratar don S. M. que inmediatamente, o en el mismo día, se otorgara la correspondiente escritura de venta, lo que inmediatamente puso en conocimiento de su hijo político, don V. T., por constarle que su referido hijo político y hermanas eran acreedores de don S. M. en cantidad aproximada de 300.000 pesetas. 5.º Ante esta situación, ya en la semana del día 22 de enero de 1964, el letrado que firmaba el escrito redactó la demanda ejecutiva pendiente únicamente para presentarse en el Juzgado, de que se recibiera el aviso correspondiente de don A. P., uno de los vendedores de la finca, a don S. M. La colaboración que desde el primer momento prestó don A. P. permitía frustrar la conducta de don S. M. y CIMASA, que de una manera sigilosa y fulminante pretendían llevar a cabo la

escritura de venta de aquél a la entidad actora, de la finca objeto del pleito, antes de que los acreedores de don S. M. pudieran ejercitar alguna acción contra la misma. 6.º Así, pues, a las siete de la tarde del día 22 de enero de 1964, y en el mismo momento en que el Notario don J. M. estaba en el domicilio de doña M. del M. para hacer la escritura de compraventa, en la que intervenían como vendedores don A. P., su esposa y sus cuñadas, y como comprador don S. M., de la finca objeto de este pleito, don V. T., en unión del Procurador don A. M. y del letrado que firma el escrito, se personaron en el Juzgado, presentando la demanda ejecutiva contra don S. M., saliendo inmediatamente la comisión del Juzgado para practicar las diligencias de requerimiento y embargo a don S. M., con quien se llevó a efecto antes de que pudiera otorgar la escritura de cuenta de CIMASA, como lo demuestra el hecho de que al designar al procurador que suscribía para embargar, como de la propiedad del demandado don S. M., y que garantizara el importe de lo reclamado, la finca misma que es hoy objeto de pleito de tercería, don S. M. no hizo ninguna manifestación en contra de este embargo. El tiempo que pudo invertir el Juzgado en dictar las resoluciones y entregar al alguacil el mandamiento no sobrepasó el de quince minutos, y en todo caso fue inferior a la media hora, encontrándose el Notario don José Madrazo en el domicilio de doña M. del M. cuando salió la comisión del Juzgado para practicar el requerimiento de embargo. 8.º La demanda se dirigió originariamente frente a don S. M., ampliándose después contra doña C. G. 9.º Admite los hechos séptimo y noveno del escrito de demanda. 10. En cuanto al contenido del hecho octavo del escrito de demanda, se atiene a los documentos presentados de contrario y a la certificación que con este motivo se acompaña del Registrador de la Propiedad de aquel partido, por la que se acredita que la inscripción en el Registro de la Propiedad del partido, de la escritura de compraventa, tanto de la llevada a cabo entre don A. P. y otros, como vendedores, y don S. M., como comprador, y CIMASA como comprador y don S. M. y esposa como vendedores, es posterior a la anotación de embargo, reflejándose en la certificación que se acompaña al historial de la finca, y hora, día, mes y año en que fueron presentados todos los documentos que guardan relación con la misma. 11. La entidad demandante y don S. M., identificándose para llevar a cabo, como se ha dicho antes, de una manera sigilosa, fulminante, la compraventa de la finca objeto del pleito, han seguido después unidos y de acuerdo tanto en el juicio ejecutivo, de donde dimana esta tercería de dominio, como en los presentes autos, y en prueba de su aserto se hace resaltar lo siguiente: Que don S. M., que no tenía obligación de pagar el último plazo hasta el año 1965, haya recibido de la Sociedad actora el dinero para pagarlo, que el mismo día en que se otorgó la escritura de venta a favor de don S. M., éste la otorgó a su vez a favor de CIMASA; que tanto don S. M. como CIMASA, no sólo no pusieron en conocimiento de los señores T. D. la compraventa que pensaban realizar, sino que rehuyeron el trato y encuentro, a pesar de que tanto uno como otro tenían relaciones cordiales con don V. T. y con el contable de la fábrica de harinas, señor M.; que el Procurador don Leandro González Alcázar se personara en los autos ejecutivos en nombre de don S. M. sin hacer después oposición a la demanda, solicitando el testimonio de distintas actuaciones, para entregar después dicho testimonio a CIMASA, que lo ha presentado en este pleito; y, finalmente, que el poder que otorga don S. M. a favor de Procuradores lo hace ante un Notario de Talavera de la Reina, en donde tiene su domicilio la Sociedad actora, y no en Navalmoral de la Mata, en donde vive y tiene su domicilio

don S. M. Alegó fundamentos de derecho y suplicó se dictara sentencia absolviendo libremente a sus representados y desestimando la demanda, mandando seguir adelante el procedimiento de apremio en el juicio ejecutivo y condenando a CIMASA a todas las costas y gastos del procedimiento. Acompañó los documentos a que en el escrito se hace referencia.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados y ordenó la continuación del procedimiento de apremio, sin hacer expresa imposición de costas. La Audiencia confirmó la sentencia de Primera Instancia, también sin expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y dictó otra con la siguiente Resolución:

Que con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Navalmoral de la Mata, y estimando procedente la demanda de tercería de dominio, debemos declarar y declaramos: 1.º Que la finca urbana reseñada en el hecho primero de aquélla pertenece en pleno dominio a la entidad demandante. 2.º Que es ineficaz el embargo practicado en el juicio ejecutivo de que dimana la presente tercería sobre la finca dicha, por no pertenecer a los ejecutados, sino a la entidad tercerista, al tiempo de realizarse la traba, decretándose el alzamiento de la misma y la cancelación de la anotación preventiva practicada en el Registro de la Propiedad del partido, a cuyo fin deberá expedirse el oportuno mandamiento al Registrador del partido correspondiente; y 3.º Que no procede efectuar expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Los Considerandos de la primera sentencia dicen:

Considerando: Que la cuestión debatida en el pleito y resuelta por las sentencias de instancia, a virtud de argumentos que se combaten en los cuatro motivos del recurso interpuesto, no reduce a determinar si puede o no ejercitar con éxito la acción reivindicatoria, insita en toda demanda de tercería de dominio, el adquirente de una finca, a virtud de escritura pública, contra quien en la misma fecha del otorgamiento de aquélla solicitó y obtuvo mandamiento de embargo, contra los bienes del deudor enajenante del inmueble, trabándose el mismo y *apareciendo presentado en el Registro de la Propiedad el oportuno mandamiento, ordenando la anotación preventiva el día siguiente de la venta efectuada*, lo que equivale a precisar si los efectos de tal anotación sólo son plenos desde el momento en que se extiende el asiento de presentación del mandamiento correspondiente, seguido, dentro del plazo legal de la práctica de la anotación ordenada o si basta para tal plenitud de efectos la mera orden judicial de embargo, aun no habiendo tenido la misma publicidad alguna por la constatación registral que la Ley previene.

Considerando: Que el artículo 43 de la vigente Ley Hipotecaria, cuya infracción, por violación, se acusa, en el tercer motivo del recurso interpuesto, dispone, en su segundo párrafo, que, tratándose de juicio ejecutivo para quien en el mismo obtenga a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor, «será *obligatoria* la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», precepto que sugiere las observaciones siguientes: A) Que la obligatoriedad a que el precepto se refiere no ha de entenderse como exigencia coactiva, ya que la «obligatoriedad» es uno de los principios en que descansa nuestro Derecho inmobiliario, y el artículo 42 de la Ley Hipotecaria es claro en el sentido de establecer, en su comienzo y con referencia a todas las modalidades

que puede revestir la anotación preventiva, la mera posibilidad o facultad de solicitar la misma, quedando, por tanto, su iniciativa a la libre voluntad e impulso de quien pueda resultar favorecido por ella. B) Que, en consecuencia, la obligatoriedad que la Ley establece, ha de estimarse relacionada con la producción de efectos jurídicos del embargo, los que sólo serán plenos y, por tanto, alcanzarán a los terceros, a partir del momento en que se haga la anotación misma o al menos se extienda el correspondiente asiento de presentación del mandamiento expedido, sin que se pueda asignar a tal anotación, una retroacción de efectos que la Ley no establece; así, pues: quien obtenga el mandamiento de embargo, es libre de pedir su anotación o no; pero si ésta no se efectúa, aquél no producirá el efecto *erga omnes* de publicidad que sólo la constatación en el Registro asegura. C) Que, por todo ello, para resolver, en cada caso particular, lo procedente en Derecho, más que el aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como un acto constitutivo o meramente complementario se ha de fijar el juzgador en qué y en qué circunstancias, se encuentran las personas a que puede afectar el embargo que se decretó y aún anotado preventivamente en el Registro, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del mismo, ni del deudor, ni quién a sabiendas cooperó a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, pero protegiendo íntegramente en su adquisición a quienes, de buena fe, se apoyaron para inclinar su voluntad, en la ausencia de cargas o limitaciones, puesta de manifiesto por el Registro, en el momento de la adquisición.

Considerando: Que siendo la buena fe presumible siempre, tanto en aspecto positivo (creencia de la legitimidad de la adquisición) como negativo (ignorancia de los vicios o limitaciones que puedan afectarla), salvo que, quien la niegue, justifique la mala fe, al no contener declaración alguna en contra la presunción legal, las sentencias de instancia, limitándose a resolver la cuestión propuesta, con base en la declaración de que, pese a la identidad de fechas, existe, a su juicio, la presunción de que el embargo, aun realizado de noche, fue anterior a la autorización de la escritura de compraventa de la finca en que recaía, y, desde tal momento, *produjo plenitud de efectos, sin necesidad de atender a la obligatoriedad de la anotación*, prevenida por la Ley ni discernir las circunstancias en que tuvo efecto la adquisición misma, *es obvio que se ha incurrido en la infracción legal que el tercer motivo del recurso acusa*, por lo que, sin necesidad de entrar en el examen de los demás motivos que integran el recurso interpuesto, procede declarar la procedencia del mismo, con los pronunciamientos y consecuencias que se establecen en el artículo 1.745 de la Ley Procesal Civil.

Pusimos de relieve en otra ocasión (comentarios a la sentencia de 19 de abril de 1960, en esta «Revista», pág. 706, año 1961) que en los efectos de la anotación preventiva de embargo concurren el Derecho civil, el procesal y el hipotecario o inmobiliario, y que este último ha quedado supeditado a aquéllos, con mengua evidente de sus principios fundamentales, de la seguridad y amparo del que acude al Registro, con la idea de garantizar un crédito.

La sentencia que ahora estudiamos precisa los efectos frente a terceros del embargo: surgen cuando el mandamiento ingresa en el Registro, no antes, y tales efectos son las que ya venía sosteniendo la doctrina al relacionar los

pertinentes preceptos del Código civil con los de la Ley Hipotecaria: no afectan a los actos dispositivos otorgados antes de la anotación.

Ya Roca escribió: La garantía que para el cobro del crédito asegurado con la anotación de embargo representa esta anotación, sólo goza u obtiene rango preferente sobre los actos dispositivos otorgados y créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación—o fecha del asiento de presentación del mandamiento, dice esta sentencia—, pero no en cuanto a los anteriores actos dispositivos, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente del embargo anotado.

A la hipoteca ordinaria inscrita, añade Roca, no pueden perjudicarle los títulos no inscritos ni las acciones derivadas de causas que no consten explícitamente con anterioridad en el Registro. Tienen aplicación normal aquí los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, o sea, que el contenido registral existente al tiempo de inscribirse la hipoteca se reputa, en beneficio del acreedor hipotecario, exacto e íntegro, por actuar plenamente la fe pública registral. La inscripción de la hipoteca provoca la ineficacia de todo acto de enajenación o gravamen anterior que no figurare entonces registrado, de modo que, en cuanto estos actos dispositivos puedan perjudicar al acreedor hipotecario, que reúna las circunstancias para que entre en juego el principio de la buena fe, dicho acreedor puede darlos por inexistentes en absoluto.

En cambio, en las anotaciones preventivas de embargo no ocurre así. En ellas, respecto de los actos dispositivos anteriores, aunque no estén registrados, no actúan dichos artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, es decir, el favorecido por la anotación no goza respecto de tales actos de los beneficios protectores de la fe pública registral.

No tildemos en estos casos de «civilista» a la expuesta doctrina y a la jurisprudencia. La propia Ley Hipotecaria tiene, en su artículo 44, una ya clásica remisión al artículo 1923 del Código civil.

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1967.—Resolución de compraventa. Acción de cumplimiento y acción resolutoria. Artículo 1.124 del Código civil.

El piso se vendió con precio aplazado, en 31 plazos mensuales que se materializaron (valga la expresión) en letras de cambio. Varias de ellas no se pagaron; se siguió juicio ejecutivo y se embargó el mismo piso vendido y se pronunció sentencia de remate. En virtud de convenio con el demandado, el demandante dejó caducar la instancia. Posteriormente se dejaron de pagar otras letras y se instalaron otros juicios ejecutivos. Se concedieron a los deudores otras oportunidades de pago y prometieron cumplir. No cumplieron. El acreedor promovió entonces juicio declarativo para que se dictase sentencia por la que se declarase resuelto el contrato de compraventa y se condenase a los demandados a estar y pasar por tal declaración, a desalojar en ejecución de sentencia el piso, así como a indemnizar daños y perjuicios.

La parte demandada se opuso, alegando, en síntesis, que primero se le exigió el cumplimiento del contrato y ahora la resolución, lo que no consideraba posible o viable.

Triunfó la petición de resolución en ambas instancias. El Tribunal Supremo no accedió a la casación. Se basó en los siguientes Considerandos:

Considerando: Que el presente recurso se asienta sobre dos motivos, articulados ambos al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que, por tanto, se combatan en el mismo las apreciaciones fáctico-probatorias del Tribunal de Instancia, a tenor de la sentencia recurrida, lo cual sólo podría hacerse, válida y eficazmente, a medio del cauce que ofrece el número 7.º del mentado artículo, alegándose error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; pero al no haberse hecho así, las afirmaciones de facto que, en virtud de tal apreciación se combaten en la sentencia impugnada, deben ser íntegramente respetadas, y, entre ellas, todas las que se hacen en el fundamento 2.º de la sentencia recurrida, sobre todo en cuanto al Tribunal *a quo*, estima la existencia de un convenio entre los interesados, por el que, después de las reclamaciones hechas en juicio ejecutivo, se acordó el pago fraccionado, como así se hizo, de cantidades de 700 pesetas en seis veces, y otra de 10.000 pesetas, esta última en el año 1956, y que ya no volvió a satisfacer cantidad alguna, por lo que, en actos conciliatorios instados por el actor en 1960 y 1964, se comunicó a los demandados (hoy recurrentes) la resolución del contrato.

Considerando: Que en el motivo 1.º de este recurso no se niega, sino que implícitamente viene a reconocerse (máxime habida cuenta del respecto a los hechos probados) el incumplimiento parcial de la obligación de pago del precio aplazado de una compraventa por parte de los demandados recurrentes, y si bien se acusa la infracción por violación del artículo 1.124 del Código civil, tal infracción se sitúa en el segundo párrafo del mentado precepto legal, en cuanto establece que el perjudicado *podrá escoger*, entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abonos de intereses en ambos casos, arguyendo que el actor y acreedor, ahora recurrido, *ha escogido* el camino del cumplimiento del contrato al reclamar judicialmente (a medio de juicios ejecutivos) el pago de cuatro letras de cambio (las subsiguientes a las 12 primeras ya pagadas), dejando subsistente el contrato, y que, a tenor del precepto invocado, no podrá pedir la resolución del mismo más que sólo en el caso de que el cumplimiento «resultare imposible», lo que aquí no sucede; alegando, en el motivo 2.º, en el que denuncia la indebida aplicación del artículo 1.503 del mismo Código, que este último precepto no está en oposición con el 1.524 del mismo Cuerpo legal; pero sólo tendría aplicación, en su opinión, en el caso de que el vendedor «hubiere escogido», en su oportunidad, la vía de resolución en lugar de la del cumplimiento de la obligación, como, a su juicio, sucede en el caso motivador del presente recurso.

Considerando: Que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, el artículo 1.124 del Código civil regula la resolución como una facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, la cual tiene derecho a opción, entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella, sin perjuicio en este punto del examen, y sanción de los Tribunales en caso de impugnación (sentencia de 16 de noviembre de 1956), y si bien es cierto que las dos indicadas soluciones, entre las cuales puede optar el perjudicado, son incompatibles, esta incompatibilidad, de conformidad con la sentencia de este Tribunal de 11 de enero de 1949, únicamente se produce cuando se solicita, *al mismo tiempo*, el cumplimiento o mantenimiento de la obligación y la resolución de ella, lo cual no es posible; pero nada se opone a tal petición si se hace en forma alternativa, y así lo ha declarado esta Sala, al establecer que el derecho que concede

al perjudicado el citado artículo 1.124 para escoger entre el cumplimiento o la resolución, si bien impide la *petición simultánea* de uno y otro como incompatibles, no prohíba, ni tampoco la jurisprudencia, la forma alternativa o subsidiaria, ya que entonces no existe contradicción, siendo también adecuada la cita al respecto de la sentencia de 4 de febrero de 1959, en cuanto expresa que no cabe limitar la opción subsidiaria o alternativamente formulada al supuesto de imposibilidad de cumplimiento, debiendo advertirse, además, que la sentencia de 28 de septiembre de 1899, que la parte recurrente menciona en el motivo 1.º se refiere al que, habiendo optado por el cumplimiento, no le es lícito, después de presentada la demanda, pretender la resolución, debiendo ser rechazada de plano la solicitud incidental deducida al respecto, caso éste que no ofrece analogía con el que ahora es objeto del recurso.

Considerando: Que aparte la doctrina expuesta y sin contradicción con ella, en el caso presente se trata de un nuevo incumplimiento obligacional por parte de los compradores demandados, ahora recurrentes, incumplimiento que tuvo lugar mucho después de aquel convenio modificativo a que se hace referencia en el razonamiento primero de esta sentencia, y esas obligaciones incumplidas, en cuanto al pago del resto del precio aplazado y debido, lo fueron con posterioridad a tal convenio, el que, sin constituir realmente una novación extintiva, modificó, no obstante, y en forma favorable para los deudores, la cuantía y condiciones de los estipulados pagos parciales; advirtiéndose que el hecho mismo de que con anterioridad al convenio tratase de hacer efectivas el accionante unas obligaciones parciales de pago, valiéndose al efecto de unos juicios ejecutivos, no veda al actor el ejercicio de una acción resolutoria, no relacionada con tales juicios, ni con reclamaciones ya solventadas, pues tal pretensión resolutoria se funda en un diferente y grave incumplimiento contractual, habida cuenta del tiempo transcurrido sin efectuar pago alguno, razones por las que, teniendo presente también todo lo anteriormente expuesto, no existen las infracciones denunciadas, y el motivo 1.º debe ser rechazado, y con el 2.º, dada la tesis en el mismo sustentada.

Considerando: Que, en consecuencia, al ser rechazados los motivos base del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo, con los pronunciamientos inherentes a tal resolución.

B. M. B.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

, POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1967.—*Sociedad irregular* (Salaberría y Cía. c. Echevarría).

Del mismo modo que existen Sociedades civiles con forma mercantil (artículo 1.670 del Código civil), puede también haber Sociedades Mercantiles, aunque ciertamente irregulares, con forma civil, que terminan susanciándose en una pura forma comunitaria y a las que les será aplicable el artículo 1.669 del Código civil.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1967.—*Separación de Administrador en las Sociedades Anónimas* (Muñoz c. «Alianza»).

La vigente Ley de Sociedades Anónimas sigue el sistema de libre remoción de los Administradores, estableciendo que su separación podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General, sin exigir, para la legalidad del acuerdo de separación, la concurrencia de una causa justa que lo motive, como se propugnaba en el Proyecto, por lo que, al no ser acogida tal exigencia en el texto definitivo de la Ley, hay que entender que se continuaba en la misma trayectoria que tenía señalada el Código de Comercio, y en ese sentido se pronuncia la sentencia de 31 de mayo de 1957.

III.—TÍTULOS-VALORES.

SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1967.—*Excepciones cambiarias oponibles (artículo 480 del Código de Comercio)* (Banco Español de Crédito c. Zapata).

El artículo 480 del Código de Comercio es rigurosamente aplicable cuando el importe de la letra de cambio se reclama por tercera persona tenedora legal del efecto (entre otras, Ss. de 28 de marzo de 1944, 20 de abril de 1949, 18 de noviembre de 1954 y 16 de junio de 1965), pues en las relaciones entre el aceptante y suscriptor de la letra y los terceros poseedores de la misma, las excepciones causales deben ser excluidas, salvo que éstos participen en el negocio básico.

IV.—CONTRATOS.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1967.—*Subrogación del asegurador en los derechos del asegurado* (Winterthur c. Abad).

Pactada en la póliza de seguro una cláusula que dice que «la Compañía Aseguradora se subroga en todos los derechos y acciones que competan al asegurado contra terceros responsables de un accidente, cuñerto, puede aquélla ejercer tales derechos en nombre propio o en el del asegurado, en cuyo último caso deberá otorgar a la Sociedad o a las personas por ella designada los poderes necesarios», en tal cláusula claramente se establece una subrogación convencional, que implica un mero cambio de acreedor, permaneciendo idéntica la obligación, por lo que, si bien nuestro Código civil la considera como novación en el número 3.º del artículo 1103 (debe querer decir 1.203), es indudable que, al subsistir el vínculo obligatorio con la sola sustitución del acreedor, hay una novación impropia o meramente modificativa, la que ha de ser establecida con claridad para que produzca efecto (art. 1.209, párrafo 2.º), sin que precise el consentimiento del deudor, bastando el del nuevo acreedor; a diferencia de la subrogación presunta o legal que exige la aprobación del deudor, según sancionan los artículos 1.159 y 1.210, número 2.º, del Código civil. Por tanto, no hay duda de que la entidad aseguradora tiene acción directa para reclamar lo que pagó, que ejercita en su propio nombre.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1967.—*Posibilidad de comisión mercantil irrevocable durante cierto plazo* (Zubizarreta c. Renovales).

Si el comitente, haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 4.º del Código civil *in fine*, renuncia expresamente a revocar la comisión conferida durante el plazo de diez años que señaló, y este plazo viene establecido en favor del comisionista o de terceras personas, resulta evidente que ese pacto de irrevocabilidad temporal, necesariamente tendrá que producir efectos vinculantes, siempre que no se demuestre que encubre fines ilícitos, y en este sentido se viene orientando modernamente la jurisprudencia en cuanto al pacto de irrevocabilidad temporal en el mandato, a partir de la sentencia de 22 de mayo de 1942, que corroboraron las de 1 de diciembre de 1944 y 15 de junio de 1946, pacto de irrevocabilidad con la eficacia legal del que ya existe un claro antecedente en el artículo 1.692 del Código civil.

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1967.—*Comisión Mercantil. Carácter del contrato. Delegación de facultades* (Piensos H., S. A., c. Cooperativa Santísimo Cristo de C.).

El contrato de comisión mercantil se inspira en nuestra legislación positiva, en la mutua confianza que debe reinar entre quienes le concertaron, según indica la sentencia de 30 de abril de 1929, y se desprende de los artícu-

los 279 y 280 del Código de Comercio; de suerte tal que en la elección del comisionista, necesariamente juega el *intuitus personae*, porque las condiciones morales y personales que le adornan puedan ejercer influencia en el desempeño de su cometido y repercutir en el patrimonio del otro contratante, siendo ésta la razón de que el artículo 261 obligue al primero a efectuar por sí los encargos que hubiera recibido y prohíba delegarlos sin previo consentimiento de su comitente o sin estar de antemano autorizado para ello.

R. G. S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1967.

I.—PLANTEAMIENTO.

1. *Los hechos.*

a) En 1939 la Comandancia militar ocupa determinados inmuebles, cuyo propietario se encontraba en el extranjero.

b) En 1942, por supuestos débitos de contribución del propietario, aquellos inmuebles, como tantos otros en análogas circunstancias en aquellos años posteriores al término de la guerra civil, fueron vendidos en subasta pública y adquiridos por don J. M.

c) El adquirente de los inmuebles los alquiló para un cuartel de la Guardia civil, que ya venía ocupando los inmuebles desde el año 1941. Se estipuló un plazo del arrendamiento hasta el 31 de diciembre de 1953, y como precio una renta anual de 1.750 pesetas, a cargo del Ayuntamiento de la localidad.

d) El 29 de marzo de 1945, don J. M. vende el inmueble en cuestión a la hija del primer propietario, la cual demandó al Ayuntamiento en procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, para que el referido inmueble fuese desalojado, obteniendo sentencia favorable.

e) La propietaria presenta escrito en el Ministerio de la Gobernación, en el que, al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, reclama la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios causados por la ocupación de los inmuebles por las fuerzas de la Guardia civil. Desestimada la reclamación, se interpone recurso de reposición. Y, desestimado asimismo éste, se interpuso el contencioso-administrativo, que resuelve la sentencia de la Sala 4.ª de 7 de junio de 1967, de la que fue ponente don Miguel Cruz Cuenca.

2. *La sentencia de 7 de junio de 1967.*

Esta sentencia marca un hito decisivo en la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Los Considerandos de la misma, literalmente transcritos, establecen:

«Considerando: Que a fin de resolver adecuadamente la primera cuestión discutida en el proceso, relativa a la falta de jurisdicción, opuesta como causa

de inadmisibilidad del recurso, procede, en primer lugar, tener en cuenta que los actos administrativos impugnados en el actual proceso denegaron la reclamación formulada en aquella vía, fundándose en que fue presentada "fuera del plazo de un año señalado por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, habiendo por ello caducado el derecho reconocido, para efectuar la reclamación, por el citado artículo 40, y no siendo, por lo mismo, procedente la estimación del presente recurso de reposición", según lo consignado en el único Considerando de la Resolución de 13 de octubre de 1965, reproduciendo esencialmente el segundo de la de 22 de abril del mismo año, en cuyo primer Considerando se razonó además que "no aparece probado si los desperfectos alegados son propios del uso a que los inmuebles estaban destinados, como tampoco la justificación en forma de su cuantía, en cuyo trámite no intervino la Administración, cuantía que procede estimar excesiva, en todo caso, teniendo en cuenta el precio de adquisición de los inmuebles en el año 1945 por su actual propietaria, que lo fue en la suma de 2000 pesetas", así como que en la notificación efectuada al representante de la actora, mediante dos comunicaciones de 13 de octubre de 1965, que encabezan las actuaciones procesales, se le advirtió que, contra la desestimación del recurso de reposición, resuelta en aquella fecha, podía interponerse recurso contencioso-administrativo ante este Tribunal, y que en el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso de 26 de marzo, literalmente reflejado en la Resolución de 22 de abril de 1965, se hizo constar que ésta debía ser notificada al reclamante, con indicación de que contra la misma procedía el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Considerando: Que con anterioridad a la vigencia de la Ley de la jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, la de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 estableció en su artículo 128 que, en todos aquellos casos en que con arreglo a la misma está obligada la Administración a indemnizar daños y perjuicios, la jurisdicción competente sería la contencioso-administrativa, preceptos reiterados en el artículo 141 del Reglamento de 26 de abril de 1957, al decir que, de conformidad con lo dispuesto en aquél, "corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los recursos sobre indemnizaciones de daños y perjuicios", habiéndose establecido en el artículo 121 de la Ley, que siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional, no fiscalizable en vía contenciosa, después de haber declarado en el 120 que cuando por consecuencia de graves razones de orden o seguridad pública hubiesen de adoptarse medidas que implicasen requisa de bienes, sin las formalidades exigidas para su expropiación, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles, en cuyas tasaciones, conforme a lo preceptuado en el artículo 115, deberán apreciarse siempre los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca a los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado, preceptos que, según se declare en el preámbulo de la repetida Ley, extienden el principio de la justa indemnización, desde la privación o menoscabo de la misma, poniendo remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo e impidiendo verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración, cuando los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela de daños residuales, revierten al azar, sobre un

patrimonio particular con lesión de los intereses patrimoniales privados que, aun cuando resulte obligada, por exigencias del interés o del Orden público, no es justo que sea soportada, a sus solas expensas, por el titular del bien jurídico dañado.

Considerando: Que no sólo para apoyar la pretendida inadmisión del recurso, sino en cuantos fundamentos fácticos y jurídicos expuso en el proceso el representante de la Administración, abandono la tesis, sostenida por ésta en las Resoluciones recurridas, dictándose conforme a la propuesta de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, respecto al supuesto acuerdo verbal de arrendamiento, que, a pesar de haber sido declarado inexistente por sentencia firme, se consideraba subsistente, con posterioridad a la ocupación de los inmuebles, entre el anterior propietario de los mismos y el Ayuntamiento, a quien con anterioridad al año 1954 correspondía satisfacer la de los locales ocupados por la Guardia civil, desistiendo de mantener en el proceso lo que había rechazado terminantemente el Juzgado de Primera Instancia de Guadix, en su sentencia de 5 de septiembre de 1953, confirmada por la de la Audiencia Territorial de Granada de 12 de abril de 1955, declarándose en la primera que con la certificación de la Delegación de Hacienda, solicitada para mejor proveer, acreditativa de no haberse consignado cantidad alguna, destinada a pago de alquiler del edificio destinado a casa cuartel, quedaba claro que no existió hasta el año 1945 contrato de arrendamiento, porque, de haberse celebrado, el Ayuntamiento hubiera llevado a sus presupuestos la cantidad necesaria para pago del alquiler, y al no haberse cobrado nada hasta ese año, necesariamente tenía que figurar en el capítulo de resultas, como se vino haciendo por el Ayuntamiento a partir de 1945, después de que el 17 de octubre cobró el vendedor siete meses después de la venta y cuando ya no podía concertar un contrato que obligase a la nueva propietaria las cantidades correspondientes a rentas atrasadas, que no debían haberse percibido por el vendedor, de lo que deducía el Juez que no podía admitirse la existencia del contrato de arrendamiento, cuyo razonamiento acogió la Audiencia, sosteniendo que la certificación de la Sección de Cuentas de las Corporaciones Locales era decisiva para probar la carencia de contrato.

Considerando: Que en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios, cuyo conocimiento incumbe a la jurisdicción, conforme a las Leyes de la Expropiación Forzosa y de Régimen Jurídico, no se exige que el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo, bastando que la situación en que los hechos determinantes se produjeron, fuese propia del Derecho administrativo, quedando fuera de la regulación de la Ley de Expropiación y, por consiguiente, del ámbito de la Ley jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de aquélla y en el 41 de la de Régimen Jurídico, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida por normas de Derecho privado, de forma que, a tenor de lo declarado, en las sentencias de esta Sala de 21 de enero y 30 de mayo, 5 y 15 de diciembre de 1961 y 15 de noviembre de 1962, para tener competencia la jurisdicción ordinaria, sería requisito indispensable que la Administración hubiere actuado, como persona jurídica privada, igual que cualquiera particular, sin hallarse investida en el desarrollo de su actividad, de la prerrogativa o atributo de poder, "porque ahora la lesión de un derecho, aun siendo éste de índole civil, como es el derecho de propiedad, puede originar acción contencioso-administrativa, siempre que se produzca la lesión, por un acto de la Administración pública, regulado mediante precepto administrativo" cuando sucede, según declaró la sentencia de la

Sala 3.ª de este Tribunal, de 12 de julio de 1960, si lo que se pide es una indemnización por daños, que se suponen derivados del anormal funcionamiento de un servicio público, porque lo que exigen los artículos 120 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y el 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es que la lesión causada pueda atribuirse como consecuencia de aquéllos o de la adopción de las medidas extraordinarias a que aluden.

Considerando: Que la expresión servicio público puede tener en nuestro Derecho el sentido general de actuación administrativa, y el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico reconoce la existencia de un doble orden de relaciones de la Administración, regulando las que conciernen a la actuación del Estado, en relaciones de Derecho privado, mientras que el artículo 40 "contempla la responsabilidad que para el Estado pudiera derivarse de su propia gestión, en tanto que el artículo 41 se refiere a la responsabilidad que a la Administración puede alcanzar, por la conducta extraadministrativa de sus funcionarios, que no pueden considerarse derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", conforme a lo declarado en el Decreto de 1804, de 7 de septiembre de 1960, aceptando la doctrina de que con la expresión "funcionamiento de los servicios públicos" se ha querido referir el legislador a la gestión administrativa en general, es decir, a la actuación de la Administración pública como tal, e incluso a las actuaciones u omisiones puramente materiales o de hecho, susceptibles de originar la lesión patrimonial que fundamenta la pretensión indemnizatoria, conforme a lo declarado en la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1965 respecto al "progresivo criterio" sentado en aquel Decreto, al atribuir al Estado, como único responsable, la consecuencia de la prestación anormal del servicio público de transportes militares, independientemente de la imprudencia apreciable en su comisión, por afectar directamente de la imprudencia apreciable en su comisión, por afectar directamente a la gestión del servicio público, lo que cabe predicarlo, con mayor razón, al aparecer objetivada la responsabilidad, así como en la sentencia de la Sala 5.ª de este Tribunal, de 30 de marzo del mismo año 1965, declarando que la satisfacción a la funcionaria reclamante, desde la fecha en que las solicitó, hasta el día en que se poseione del destino que le corresponde, de las cantidades a cuyo pago da lugar lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, es "consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", frase que doctrinalmente ha sido también interpretada en el sentido de sacrificio impuesto como necesario para el funcionamiento de un servicio público.

Considerando: Que procede destacar la contradicción existente, entre lo afirmado en la copia del acto de entrega, autorizada por el Teniente Jefe de la Línea, respecto que el día 17 de enero de 1964 se personó acompañado de dos testigos en la casa que había venido ocupando la fuerza "por no haber comparecido el dueño, doña M. R. C. C., ni persona alguna que lo represente, pese haberle pasado aviso para que se hiciera cargo del edificio", y lo que figura en la comunicación de 13 de febrero siguiente, firmada por el Comandante Jefe de Estado Mayor de la Dirección General de la Guardia civil, acerca de que se había hecho entrega de la llave, previo reconocimiento del edificio, en el Juzgado comarcal de la localidad, con las formalidades prevenidas, por negarse su propietario a recibirlo a no ser por conducto del Ayuntamiento, con quien formalizó contrato verbal el día 15 de julio de 1942, y alegar éste, no procedía efectuarlo así, por haber dejado de depender del mismo en 31 de diciembre de 1953", sin aludir siquiera al supuesto diviso que en el acta se dice pasado, y la actual propietaria, quien nada había pactado con el Ayuntamiento, y que,

desde luego, no era quien formalizó el supuesto contrato verbal, de fecha anterior a su adquisición, atribuido al vendedor, que pudo ser el que recibiera el mencionado aviso sin que se haya acreditado ni se deduzca del expediente lo afirmado por primera vez en el informe de la Asesoría de la Dirección General de 25 de febrero de 1965, respecto a que "la propietaria había sido citada previamente para el acto de la entrega, reflejándose esta diligencia en la correspondiente acta suscrita por el Teniente Jefe de la Línea y dos testigos", citación que no aparece practicada y que niega haber recibido la demandante, mostrándose enterada de la desocupación y puesta a su disposición del edificio, el día que su representante se hizo cargo de la llave depositada y le fue entregado el inmueble por la Comisión del Juzgado, fecha en la que tuvo conocimiento de los daños o desperfectos sufridos por el mismo durante la ocupación.

Considerando: Que si bien es cierto que el hecho de que un representante de la propietaria compareciere en el Juzgado el día 28 de enero de 1964, debe reputarse señal inequívoca de que tuvo conocimiento del acto de la entrega de las llaves y de la fecha en que se llevó a efecto, no puede sostenerse válidamente y sin otra prueba que lo acredite que tal conocimiento de aquella entrega o desalojo hubiese tenido lugar, efectivamente, con anterioridad, no sólo el día de aquella comparecencia, sino al en que se llevó a efecto la desocupación, porque pudo, por el contrario, personarse en el Juzgado el propio día en que llegó a conocer el desalojo que reiteradamente había pretendido desde que obtuvo la sentencia que lo había decretado; pero que incluso admitiendo la posibilidad de que con anterioridad a esa fecha hubiese tenido la actora noticias más o menos precisas acerca del cese de la ocupación, que el propio defensor de la Administración califica de "sin título alguno contra lo ordenado en una sentencia firme y totalmente anómala", tales noticias no podían anticipar la fecha del día inicial del plazo anual establecido para reclamar formalmente la indemnización debida por unos desperfectos, de los que sólo tuvo la reclamante conocimiento completo en el momento de hacerse cargo del inmueble, y que no podían considerarse consecuencia necesaria de la ocupación, puesto que a pesar del carácter coactivo de la misma pudo no haberlos producido, y, por consiguiente, el derecho a reclamar la cantidad que dejase indemne al perjudicado no pudo ejercitarse hasta que éste conoció la existencia de los daños, ni puede considerarse caducada la reclamación deducida al efecto, computando el plazo desde el momento en que aquéllos se produjeran, o a partir del depósito de la llave en el Juzgado comarcal, toda vez que ni la misma Administración pretende que se inicie el cómputo desde la supuesta y no acreditada citación administrativa, sino desde el acto al que, según aquélla, debió asistir, por sí misma o debidamente representada la propietaria, a fin de hacerse cargo de las casas que le pertenecen, en el estado en que se encontraban.

Considerando: Que no basta atribuir los desperfectos sufridos al uso normal del inmueble y a la falta de reparaciones necesarias por parte del propietario para exonerar a la Administración de la responsabilidad dimanante de los daños y perjuicios producidos durante la ocupación decretada unilateralmente y mantenida contra la voluntad expresada de la propietaria, o incluso desobedeciendo la orden judicial de desalojo, cuando consta en el expediente el cambio de destino operado y las obras de adaptación realizadas por la Administración, así como que además de la situación general de abandono, que es nota común a la casa necesitando una reparación general y a fondo la

carpintería de todo el inmueble, reponiendo la cristalería; todo ello con referencia a la casa de la calle de los Vicos, cuyo estado obedece a juicio del Perito a haber sido adoptada a viviendas o pabellones, para lo que se habían variado o abierto huecos, algunos en muros de carga, y hecho tabiques divisorios, algunos en lugares francamente inadecuados, así como a no haberse hecho elementales obras de conservación en largos años; dejando el edificio en completo abandono, después de unirlo con el de la calle de Santo Cristo, por el procedimiento de abrir dos huecos en las espaldas de ambos, destinando éste para pajar y cuadras, sin respetar su anterior destino, ni utilizarlo como vivienda; encontrándose, debido a la inadecuación del destino y falta de conservación, totalmente hundida, tanto la cubierta como la estructura, mereciendo sólo la consideración de solar, con el inconveniente de la retirada de escombros, en opinión de aquel Perito, confirmada en el expediente administrativo de ruina por el técnico, que dictaminó debía procederse a la mayor brevedad a la demolición de la parte trasera del edificio, que da a la calle de Santo Cristo, que se hallaba en estado ruinoso, como se declaró, con carácter de ruina inminente, el 18 de mayo de 1964.

Considerando: Que si bien no es posible considerar como indemnización por daños la cantidad de 60.000 pesetas por el concepto de ocupación de dichos edificios, que en la demanda se trata de justificar, «según se sostiene acertadamente en el tercero de los fundamentos jurídicos de la contestación, argumentando además, correctamente», que el premio o contraprestación de una ocupación nunca puede ser considerado como un daño ocasionado a la propietaria del inmueble”, tan acertado razonamiento no puede conducir a declarar improcedente la pretensión deducida en concepto de indemnización de perjuicios, derivada de no haberse abonado cantidad alguna por la utilización de los inmuebles durante la ocupación temporal decretada y mantenida contra la voluntad de su propietaria, impidiéndole percibir por ellos la renta que incluso la propia Administración había estimado apropiada, según se deduce de lo manifestado en el informe de 7 de agosto y en la comunicación de 22 de septiembre de 1962, que obran en el expediente, del que se desprende también que la cuantía de la indemnización reclamada—como puede observarse mediante la lectura del primer Considerando de la Resolución de 22 de abril de 1965 y de los informes de la Asesoría y de la Dirección General que le precedieron—sólo se consideró excesiva con relación al precio de adquisición fijado en la escritura pública de 1945, mediante la que la actual propietaria, hija del titular ausente, apremiado por débitos de contribución, logró recuperar del adjudicatario los bienes subastados sin que haya llegado a sostenerse en el expediente que la valoración efectuada por el Perito Aparejador, en el momento de la entrega, fue altamente excesiva, así como tampoco que la falta de los detalles que se invocan en la contestación determinase la denegación impugnada, fundada exclusivamente en la extemporaneidad de la reclamación que se considera oportuna, al haberse deducido dentro del plazo legal y a su desproporción con un dato, cuya intrascendencia se manifiesta incluso a la vista de la cantidad percibida por el transmitente, en concepto de renta, siete meses después de la enajenación.

Considerando: Que obligada la Administración Central desde 1 de enero de 1964 a satisfacer el pago de los locales ocupados por la Benemérita Institución, que, con anterioridad eran satisfechas por las Corporaciones Locales, y declarada por sentencia firme la inexistencia de relación contractual respecto a los pertenecientes a la actora, ocupados por la Guardia civil del puesto

de Pedro Martínez hasta el día 13 de enero de 1964, en virtud de haberlo sido anteriormente en el año 1939 por la Comandancia Militar y desde el año 1941 como casa-cuartel de la Guardia civil, por orden del Comandante militar, según consta en el expediente, cuyo examen evidencia, además, la realidad de la lesión patrimonial inferida a su propietaria, privándole de los beneficios inherentes a su utilización durante el tiempo que permaneció inactiva la demanda ante los reiterados requerimientos de aquélla, y la exposición del Juzgado, para que dispusiera lo necesario, a fin de que quedasen a su libre disposición, así como por el estado en que fueron entregados a ésta, declarando ruinoso, a causa de los desperfectos que se les ocasionaron por sus ocupantes, adoptándolos a usos distintos a los suyos propios, procede estimar la pretensión indemnizatoria, deducida dentro del plazo de un año, establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, en compensación de los beneficios dejados de percibir, fijados de acuerdo con lo ofrecido en concepto de renta por la propia Administración y con el alquiler medio de otros locales (comerciales), digo, semejantes, y para sufragar los gastos que suponen la restitución a su primitivo estado, de los devueltos en tales condiciones, según la mesurada tasación efectuada a instancia de la reclamante, y frente a la que ni siquiera ha sido formulada otra por la Administración, dado lo prevenido en el artículo 120, en relación con los 105, párrafo segundo, y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa, preceptos específicos que no pueden dejar de aplicarse para remediar las consecuencias dañosas producidas por la privación singular, mantenida sin aquiescencia de la propietaria, ni previa indemnización, durante la situación anómala o irregular, que sólo ha cesado en el momento en que ha sido posible satisfacer por otros medios materiales la necesidad de alojamiento de la fuerza pública que los ocupaban, conforme al principio general, consagrado en el citado artículo 120, para los supuestos de medidas que impliquen auténticas expropiaciones, adoptadas sin las formalidades exigidas por la Ley para cada tipo de expropiación, estableciendo el derecho a indemnización en favor del particular dañado a consecuencia de ellos.

Considerando: Que existe conformidad entre las partes acerca de que la omisión del procedimiento establecido en el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa no debe producir la anulación de lo actuado, al no haber ocasionado la indefensión del interesado, ni privado a la Administración de los elementos necesarios para resolver la reclamación, por lo que sería contrario a la economía procesal retrasar la solución estimatoria pretendida por el accionante, según se razona en la demanda, o como se argumenta en la contestación, porque no es posible considerar la nulidad del procedimiento si se tiene en cuenta el artículo 51 de la Ley de Procedimiento Administrativo ya que el hecho de que se haya pedido un informe a la Dirección General de lo Contencioso en manera alguna puede llevar a la nulidad de lo actuado, puesto que lo único que hace el citado informe "es otorgar una mayor garantía de bondad y adecuación a Derecho de la resolución que se impugna", argumentación que, por otra parte, evidencia cómo la Administración no atribuye en el proceso, a lo actuado en vía administrativa, el carácter de reclamación previa a la vía judicial civil que haría necesario el informe emitido, y que tanto si se considera que el procedimiento establecido en el artículo 134 del Reglamento de 23 de diciembre de 1955 fue sustituido por el del párrafo tercero del artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, como parece entenderse en la contestación, o si se estima que la omisión del informe previsto en aquél y su sustitución por los evacuados en el expediente no impiden resolver

la cuestión de fondos por razones de economía procesal, y a fin de no producir nuevos perjuicios a la demandante, procede acceder a la petición por ambas partes, en atención a la doctrina consagrada en el artículo 48, párrafo segundo, de la Ley de Procedimiento Administrativo, de que la infracción de las normas de procedimiento sólo determina la invalidez del acto cuando tenga carácter esencial o dé lugar a indefensión de los interesados, lo que no sucede al pronunciarse la Administración, mediante actos susceptibles de impugnación jurisdiccional, que permiten estimar esta vía, las ajustadas pretensiones de la accionante.»

3. *Problemas.*

Los problemas que la sentencia plantea y decide son todos derivados del tema central del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Especialmente los siguientes:

- a) Jurisdicción competente para conocer de la pretensión de indemnización.
- b) Hecho determinante de los daños.
- c) Requisitos de los daños y perjuicios.

II.—EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. Durante muchos años en nuestro Ordenamiento jurídico la responsabilidad patrimonial de la Administración pública había de fundarse en un precepto aislado del Código civil, el artículo 1.903. Sobre el mismo, la doctrina intentó construir un sistema general de la responsabilidad patrimonial. El principio de responsabilidad—decía S. Royo-Villanova en 1933—«se aplica progresivamente, en virtud de una lenta y laboriosa elaboración doctrinal, a casos y situaciones nuevas» (1).

2. Antes de la Ley de Expropiación Forzosa, la regulación de la responsabilidad ofrecía una acusada diferencia entre la esfera local y la esfera estatal. Como en tantas otras materias, fue la legislación sobre régimen local la que primero reguló orgánicamente la responsabilidad. Se llegó a afirmar que, «vista la distinta posición del Estado y de las entidades locales ante los daños y perjuicios causados a particulares por sus respectivos representantes o funcionarios, es claro que el Estado se comporta con las demás entidades territoriales, en esta materia, en forma poco consecuente—no impongas a los demás lo que no quisieras para ti—, porque en tanto no admite su responsabilidad por los daños causados a los particulares más que en el caso de obrar por medio de agente especial, la proclama directa y subsidiariamente para las entidades locales» (2).

(1) *La responsabilidad de la Administración (tesis doctoral)*, Madrid, 1933, pág. 80. Sobre el problema en general, VALLINA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, «Documentación Administrativa», núms 78-79, págs. 25-30; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 187-201.

Sobre el régimen general de la responsabilidad de la Administración, me remito a mi trabajo, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 558 y sigs.

(2) MALLOL GARCÍA, *Aspectos de la responsabilidad en la esfera de la Administración local*, Valencia, 1952, págs. 58-59.

3. La Ley de Expropiación Forzosa regula con carácter sistemático la responsabilidad de la Administración en ambas esferas. Como ha dicho Royo-Villanova (S.), «como la Ley de Expropiación Forzosa es posterior a la de régimen local, y en su disposición final tercera deroga cuantas disposiciones se opongan a la misma, creemos que habrá que aplicar sus preceptos en materia de responsabilidad de las entidades locales, y, por consiguiente, que las disposiciones de la Ley de Régimen Local y de su Reglamento sólo serán aplicables en cuanto no se opongan a aquélla. Como ello planteará cuestiones delicadas, convendría que el Gobierno, una vez que se dicte el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, publique el nuevo texto refundido del capítulo correspondiente de la Ley de Régimen Local, teniendo en cuenta los nuevos preceptos de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa» (3) La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, dedica a la responsabilidad patrimonial del Estado los artículos 40 y 41 y a la de las autoridades y funcionarios los artículos 42 a 49.

4. Ante esta complejidad de textos reguladores de la responsabilidad de la Administración, puede formularse el siguiente cuadro de vigencias (4):

a) *Administración del Estado:*

1.º Artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

2.º En cuanto no se opongan a aquéllos:

— Artículos 120-123 de la Ley de Expropiación Forzosa.

— Artículos 133-138 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

b) *Administración local:*

1.º Artículos 120-123 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículos 133-138 de su Reglamento.

2.º En cuanto no se oponga a aquéllos:

— Artículos 405 a 411 de la Ley de Régimen Local.

— Artículos 376 a 384 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales.

c) *Administración institucional:*

Ley de Expropiación Forzosa y Reglamento, artículos citados.

III.—LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.

1. La delimitación de competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial plantea serias dificultades. De aquí las propuestas sobre unidad de

(3) *La responsabilidad de la Administración pública*, RAP, núm. 19, pág. 57. En sentido distinto, RODRÍGUEZ MORO, *La expropiación forzosa*, 2.ª ed., Madrid, 1962, páginas 424-425.

(4) No se trata de hacer un estudio completo del problema de la responsabilidad de la Administración, sino una referencia a los problemas generales.

jurisdicción (5). En nuestro Ordenamiento vigente, la regla general es la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de todas las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública [artículo 3.º, apartado b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa], si bien se respeta la de los Tribunales ordinarios cuando derive de relaciones de Derecho privado (artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

2. Precisamente por esta dualidad de jurisdicción, censurable y censurada, se planteó en el recurso que resuelve la sentencia comentada el problema de si la jurisdicción contencioso-administrativa podía conocer el tema de la indemnización. Y lo resuelve con una doctrina correcta y ponderada en los tres primeros Considerandos.

IV.—EL ACTO CAUSAL DE LA IMPUTACIÓN.

1. El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado exige que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es necesario que el daño sea imputable a una entidad pública o a un concesionario (artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133 de su Reglamento), y consecuencia de la actuación administrativa. El artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado regula independientemente los supuestos en que se «actúe en relaciones de Derecho privado».

No es necesario que se trate de una actuación ilícita. Se da la responsabilidad, aun cuando el daño sea consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa (artículo 40).

Únicamente se excluyen los supuestos de fuerza mayor (artículo 40). Pero cuando el daño es consecuencia de la actividad administrativa, se da la relación de causa a efecto (verbigracia, sentencias de 24 de marzo, 11 de abril y 11 de junio de 1962), procede la indemnización.

La sentencia de 3 de noviembre de 1964 dice que es necesario acreditar, además de la realidad de los daños causados, «la relación de causa a efecto». Otra de 5 de noviembre de 1965 sienta la siguiente doctrina: «Que de acuerdo con la pauta señalada por la sentencia de esta misma Sala de 4 de julio de 1963, inspirada en el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, consagrado por los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957, concordante con el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 26 de abril de 1957, debe tenerse en cuenta al precisar el alcance material de dicha responsabilidad procedente, tanto del normal como del anormal funcionamiento de los servicios públicos, que éste debe cubrir íntegramente «toda lesión que sufran los bienes o derechos del perjudicado» por causa o efecto de dicha acción, según expresión literal del texto, entendiéndose por lesión cualquier daño o menoscabo que padezcan o experimenten las cosas o los bienes de un estado o fun-

(5) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, «Revista de Administración Pública», núm. 42, págs. 169 y sigs. y *Unidad de jurisdicción para la Administración pública*, en la misma Revista, núm. 49, págs. 143-192.

cionamiento al momento de producirse aquél, o bien impida o dificulte su uso propio o natural rendimiento, o de los derechos que sobre ellos tuvieren, lo que significa que, por tanto, deben quedar excluidos, no sólo las partidas que se imputan al uso y disfrute de su situación o emplazamiento sobre una vía pública, como se dijo en la sentencia citada o aprovechen cualquier otra ventaja procedente de la actuación de un tercero, ya que no por beneficiarse el titular de la cosa o su actividad deja de ser extraña a su pertenencia, sino también aquellas otras partidas que se computen como posibles mejoras de los bienes realizadas o a realizar con ocasión de la reparación de la lesión sufrida, porque tampoco son consecuencia lesiva derivada de la actividad administrativa y más merecían de conceder el concepto de aportación generosa que de una deuda o crédito exigible *a fortiori* en legal justicia.

El restringido criterio de alguna de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo se demuestra con la simple confrontación de alguna sentencia—como la de 9 de mayo de 1967—sobre responsabilidad por falta de señalización de carretera, que es uno de los supuestos típicos de responsabilidad en la jurisprudencia de algún país con régimen administrativo.

2. En este punto concreto los Considerandos 4.º y 5.º de la sentencia establecen precisiones interesantes. En efecto:

a) La Ley no exige—y así lo destaca el cuarto Considerando—que «el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo». No es requisito la existencia de un acto que pueda configurarse técnicamente como «acto administrativo», sino que basta que «la situación en que los hechos determinantes se produjeron fuese propia del Derecho administrativo, quedando fuera de la regulación de la Ley de Expropiación Forzosa, y, por consiguiente, del ámbito de la Ley jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de aquella y en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida por normas del Derecho privado, de forma que, a tenor de lo declarado en las sentencias de esta Sala de 21 de enero, 30 de mayo, 5 y 15 de diciembre de 1961 y 15 de noviembre de 1962, para tener competencia la jurisdicción ordinaria, sería requisito indispensable que la Administración hubiese actuado como persona jurídico-privada».

b) La expresión servicio publico puede emplearse en el sentido restringido de uno de los tipos de acción administrativa de realización de fines, a diferencia de la policía y el fomento, o en el sentido amplio de sinónimo de la acción administrativa. En este sentido se utiliza el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como destaca, con todo acierto, el quinto Considerando de la sentencia comentada.

V.—EL DAÑO.

Para que proceda la responsabilidad es necesario que el daño sea «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas» (artículo 40, párrafo segundo, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; artículo 122, párrafo primero, Ley de Expropiación Forzosa; artículo 113, Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa). Es cierto que el artículo 40, párrafo segundo, inciso segundo, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, dice que «la simple anulación... por

los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización», pero de este precepto la única conclusión lícita a que puede llegarse es que la anulación no da derecho a indemnización, si no hubo, efectivamente, un daño que reuniera los requisitos de la Ley. Pero si la ejecución—no la anulación—dio lugar a daño «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas» (artículo 40, párrafo segundo, inciso primero, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), es indudable que procede la indemnización.

Lo que el precepto legal supone es que no basta que un acto infrinja el Ordenamiento; no basta la simple anulación, como recuerdan, entre otras, las sentencias de 18 de abril y 12 de junio de 1960, 26 de enero, 30 de junio y 22 de diciembre de 1961, 7 de noviembre de 1962, sino que es necesario, además, la realidad del daño. Como dice una sentencia de 30 de mayo de 1961, deben darse «los tres requisitos que exige la doctrina para que prospere la acción: realidad de los perjuicios, que lo fueron por culpa (o negligencia) de la Administración y relación de causa a efecto». La sentencia de 20 de octubre de 1964 dice que el artículo 40, párrafo segundo, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, exige que el daño alegado por los particulares habrá de ser en todo caso efectivo y evaluable económicamente». En analogo sentido, sentencias de 3 de noviembre de 1964 y 9 de mayo de 1967.

En la línea de consolidar las garantías elementales para el administrado que instauraron las Leyes de Expropiación Forzosa y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la sentencia de 7 de junio de 1967, en su octavo Considerando, consagra estos principios:

a) Que cuando la Administración procede a ocupar un inmueble por decisión unilateral suya, en contra de la voluntad del propietario, debe indemnizar todos los daños ocasionados por la ocupación.

b) Que, en consecuencia, no basta para exonerar a la Administración de su responsabilidad atribuir los desperfectos sufridos «al uso normal del inmueble y a la falta de reparaciones necesarias por parte del propietario».

VI.—CONCLUSIÓN.

Sentencias como la que hoy comentamos, de 7 de junio de 1967, son las que nos permiten pensar que vivimos en un Estado de Derecho, y volver los ojos, confiados, al Poder judicial. Cuando el 15 de septiembre pasado tuve el honor de pronunciar la conferencia en el acto de apertura de Tribunales de la Audiencia de Las Palmas, comencé con estas palabras, con las que quiero terminar este comentario: «Cuando la Ley está dejando de ser el poderoso y auténtico símbolo de la libertad para convertirse en instrumento de opresión; cuando la Administración ha desbordado toda limitación e invadido las esferas más sagradas de la intimidad; cuando la incertidumbre normativa más absoluta coloca al hombre en una dramática situación de angustia, vuelve los ojos a la actitud serena del Juez. Y «el poder judicial—afirma MOSQUERA—aparece como el más seguro baluarte de la libertad; como el compensador efectivo de la "desmocratización" de la Ley; como la última esperanza contra los ataques de los derechos individuales por la Administración superintervenitora de nuestros días; como el encargado de suplir los defectos de la Ley y mantener el prestigio del Derecho». Por eso el rito de la apertura de los Tri-

bunales tiene la más profunda significación. Cuando al llegar esta fecha volvemos de nuevo a vestir la toga, experimentamos la íntima sensación de seguridad que da el saber que todavía existe la posibilidad de defensa frente a la arbitrariedad; de dirimir los litigios entre los hombres, no por el sometimiento al más fuerte, sino por la objetiva y ponderada decisión de un Juez; de que alguien, con la garantía sagrada de la independencia, tiene poder de decir si cualquiera de los órganos del Estado, desde el más alto al más humilde, ha obrado con arreglo a Derecho» (6).

J. G. P.

(6) Todo esto puede afirmarse, porque, a pesar de todo, se dictan sentencias como la que hoy tenemos el honor de comentar.