REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVI ° Marzo-Abril 1990 ° Núm. 597

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

"La primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español", por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ 393

"Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español", por ANA SEISDEDOS MUIÑO 421

"La función del Registrador y la seguridad jurídica", por SUSANA CAMBIASSO 497

DICTAMENES Y NOTAS:

"Un intruso en el Consejo. El Secretario no Consejero", por LAURA Mª CANO ZAMORANO 527

"Empresario individual de responsabilidad limitada. Anexo a la legislación comparada", por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO 539

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN 547

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 557

II. Resoluciones de la Dirección General, por ALFONSO PRESA DE LA CUESTA, JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA e IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA 573

Págs

III Sentencias del Tribunal Supremo

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y Contratos, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ 623
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ... 799
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI 805

3 Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ..... 855
4 Derecho procesal, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ 859

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

"Poder informático y seguridad jurídica", de C. M. ROMEO CASANOBA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ..... 879
"El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo", de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ..... 881
"El mercado hipotecario (EE. UU.-España)", Tesis doctoral de AGUSTÍN MADRID PARRA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS..... 884
"Diritti extrapatrimoniali e successione", de ALESSIO ZACCARIA, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ..... 887
"Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación", de VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA y otros, por ANTONIO PAU PEDRÓN..... 890

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN..... 895

ESTUDIOS

La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español *

SUMARIO: I. LA PRIMERA DIRECTIVA Y LA REFORMA DE NUESTRA DISCIPLINA SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL· 1. PERMANENCIA DEL SISTEMA REGISTRAL 2. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LEY DE 21 DE JULIO DE 1973 3 LA ADAPTACIÓN A LA PRIMERA DIRECTIVA Y LA REFORMA RECOGIDA EN LA LEY DE 25 DE JULIO DE 1989. 4. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL DE 29 DE DICIEMBRE DE 1989.—II. LA INSCRIPCION DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL: 5 EL OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL 6. LA INSCRIPCIÓN DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL A) *La «expansión» de esta inscripción subjetiva en la reciente reforma* B) *El supuesto carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual.* C) *Publicidad de los datos identificadores de la inscripción e inscripción obligatoria.* D) *La obligatoriedad de la inscripción del naviero.*

I. LA PRIMERA DIRECTIVA Y LA REFORMA DE NUESTRA DISCIPLINA SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL

1. El Registro Mercantil, tal vez la institución más renovada o modernizada por el Código de Comercio de 1885, ha permanecido con una disciplina legal sustancialmente estabilizada durante más de cien años. En las últimas décadas no ha estado libre, sin embargo, de ciertos cambios importantes. La adaptación de nuestro Derecho de sociedades a las Directivas de la Comunidad Económica Europea —de modo más concreto, a la Primera Directiva relativa a la publicidad de la sociedad— ha conducido últimamente a una revisión particularmente notable de la normativa registral. Entiendo, no obstante, que el impulso del perfeccionamiento técnico que inspiró la regulación del Código de Comercio, al configurar el Registro como un instrumento moderno de la publicidad legal mercantil, continúa vivo. A mi juicio, los cambios operados en los últimos años en su disciplina

---

* Escrito para los Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr D. José Girón Tena.

sólo pueden ser entendidos como una renovación acorde con las nuevas necesidades o los nuevos adelantos técnicos, pero no como una alteración radical de los principios o líneas maestras del sistema registral consagrado en el viejo Código de 1885.

2. En algún otro momento he tenido ocasión de indicar que, con posterioridad a la publicación del Código de Comercio, la reforma más relevante, tanto por su rango legal como por las innovaciones que introdujo, fue la recogida en la Ley de 21 de julio de 1973 que, como es sabido, modificó los títulos II y III del libro primero del Código de Comercio, relativos al Registro Mercantil y a los libros de contabilidad de los comerciantes o empresarios mercantiles. En materia de Registro, que es la que ahora interesa, la reforma de 1973 afectó fundamentalmente a los artículos 16, 17, 19 y 30 del Código en los términos que se indican a continuación:

A) En materia de «objeto de la inscripción», la revisión de los artículos 16 y 17 se extiende a los siguientes puntos: se introdujo la expresión «empresarios mercantiles individuales» para referirse a los comerciantes; se añadió a la palabra «sociedades» los términos «mercantiles e industriales»; se mantuvo la inscripción *potestativa* del empresario mercantil individual, ahora «salvo disposición en contrario»; se acentuó la *tendencia expansiva* del Registro Mercantil, abriendo la inscripción a «cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos»; y se trató de consolidar la estructura bifronte del Registro Mercantil, como Registro de personas y bienes, al mantener dentro de este Registro la inscripción de buques y admitir, a su lado, la inscripción de aeronaves, en uno y otro caso siempre que «se destinen o puedan destinarse a fines mercantiles o industriales» (v. también el art. 22).

B) En relación con algunos aspectos más funcionales que sustantivos, es decir, la mecánica registral interna, el párrafo final del artículo 16 consagró la posibilidad de crear Registros Mercantiles fuera de las capitales de provincias «en las poblaciones donde reglamentariamente se establezca por necesidades del servicio»; y el artículo 19 dio una respuesta moderada a la necesidad de facilitar la mecanización del Registro, disponiendo que, con excepción del Diario de presentación que se llevará siempre en libros encuadernados y foliados, los demás libros podrán llevarse, bien en esta forma tradicional, bien «en los que se formen por incorporación sucesiva de folios o por otros procedimientos que determine el Reglamento, el cual establecerá las adecuadas garantías».

C) Siguiendo el modelo de otras legislaciones en materia de publicidad registral, se arbitraron «eficaces complementos del sistema» en un

triple sentido: *a)* Creación de un Registro Central «de carácter informativo», bajo la dependencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, confiando al próximo Reglamento del Registro Mercantil su «alcance y funcionamiento» (párrafo final del art. 16). *b)* Publicación de un *Boletín Oficial del Registro Mercantil,* «en el que se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central que el Reglamento determine, y en el que se insertarán, además, aquellos anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor» (párrafo segundo del art. 30); es ésta una norma que venía a satisfacer una vieja necesidad denunciada hacía años por GARRIGUES («El Registro Mercantil en Derecho español», *RCDI,* 1930, págs. 757 y sigs.) y reiteradamente recordada por la doctrina. *c)* Y, finalmente, introducción del deber de las sociedades y los comerciantes o empresarios individuales inscritos de «hacer constar en su documentación y correspondencia mercantil los datos identificadores de su inscripción en el Registro» (párrafo último del art. 30) (me refiero más ampliamente al tema en *El Registro Mercantil español,* Madrid, 1975, págs. 128 y sigs.).

Es una lástima que el decidido empeño de aquella reforma de 1973 en hacer más efectiva la publicidad formal del Registro mediante la creación del Registro Central y la publicación del *Boletín Oficial del Registro Mercantil* no se hubiera visto coronada por el éxito. La experiencia que hubieran proporcionado esos «eficaces complementos del sistema», aunque sólo lo fueran con una finalidad informativa, hubiera sido de singular interés en este momento, en que, por imperativo de la adaptación de nuestro ordenamiento a la Primera Directiva, necesariamente hemos tenido que enfrentarnos a la puesta en marcha del Registro Central y el *Boletín Oficial del Registro Mercantil,* para dar entrada a un sistema registral en el que los efectos de la publicidad quedan vinculados en no pequeña medida a la publicación de los datos relativos a los actos inscribibles en el referido *Boletín.* La reforma del anterior Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 se retrasó considerablemente, y en esa espera naufragó el propósito de introducir en nuestro Derecho esas piezas esenciales de la reforma del Código de Comercio de 1973, el Registro Central y el *Boletín,* que han tenido que ser creados ahora con cierta urgencia y sin las enseñanzas que hubiera proporcionado una experiencia debidamente contrastada.

3. La última y más significativa revisión de la disciplina registral del Código de Comercio, superior a la operada en 1973, es, sin duda, la que ha venido a introducir la Ley de 25 de julio de 1989 sobre «reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades». Más concretamen-

te, la adaptación de aquella normativa registral va referida —como ya se ha indicado— a la Primera Directiva de 9 de marzo de 1968, tendente a la armonización de la disciplina de los distintos Estados miembros sobre sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comandatarias por acciones; una armonización «para proteger los intereses de socios y terceros», y que contempla tres cuestiones sustanciales: la publicidad de la sociedad, la validez de los compromisos contraídos en su nombre y la nulidad. Es la primera de estas cuestiones la que ha planteado la necesidad de proceder a la adaptación de la normativa del Código de Comercio en materia de Registro Mercantil (título II del libro primero) [sobre el alcance de la Primera Directiva y la adaptación de nuestro ordenamiento, ver últimamente, más ampliamente, GARCÍA VILLAVERDE «El Registro Mercantil español ante el régimen de la publicidad de las sociedades en el Derecho comunitario», *La Ley*, 31 de diciembre de 1985, págs. 1 y sigs.; «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (primera y segunda directrices)», en AA.VV., *Tratado de Derecho comunitario europeo*, III, Madrid, 1986, págs. 203 y sigs., puesto al día en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 5 de junio de 1989, págs. 31 y sigs.; «El Registro Mercantil y su reforma ante el Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 3 de septiembre de 1988, págs. 47 y sigs.; GÓMEZ SEGADE. «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho registral mercantil», en AA.VV., *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid 1987, págs. 21 y sigs. JIMÉNEZ DE LA PEÑA· «La nueva regulación del Registro Mercantil», en *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, dirigido por QUINTANA CARLO. Zaragoza, 1989, págs. 27 y sigs.; PAZ ARES. "La reforma del Registro Mercantil", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de marzo de 1990, págs. 1306 y sigs.].

Esta adaptación podía seguir uno de estos dos caminos: bien atenerse estrictamente a la acomodación de nuestra disciplina de la publicidad registral mercantil en cuanto se viera afectada por las normas de la Directiva; bien aprovechar la necesidad de la adaptación para proceder a una reforma global del título II, del libro primero, del Código de Comercio. La «Propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materias de sociedades», elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de octubre de 1987), se inclinó claramente en favor de la primera orientación. A pesar de que en la exposición de motivos se proclamaba, con carácter general, el propósito de seguir la opción tomada en favor de «una adaptación que signifique, no sólo la incorporación estricta del contenido de las Directivas, sino además una

nueva regulación sistemática y completa de aquellas cuestiones a las que esas Directivas afectan» (la llamada «técnica de los capítulos»), es lo cierto que en materia de publicidad mercantil la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» se atuvo a la adaptación en sus términos más estrictos. Es verdad que en el articulado relativo a la sociedad anónima no faltaban algunas novedades relevantes (recuérdese el artículo 7.º del «artículo tercero» de la «Propuesta» sobre los pactos «que se mantengan reservados entre los socios», o el artículo 9.º sobre los «efectos de la falta de inscripción» de la escritura de constitución, de gran interés positivo para la distinción que allí aparecía entre sociedad en constitución y sociedad irregular, y para precisar algunos efectos de esta última); pero en lo sustancial, la adaptación se centró —siguiendo a la Directiva— en las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comandataria por acciones, para referir a esos tipos de sociedad exclusivamente el régimen de publicidad legal fundado en la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil.* De este modo, la publicidad legal se instrumentaba a través de un doble sistema: este *sistema de la publicación,* imperativamente importado por razón de la adaptación de la Directiva, aplicable solamente a las sociedades de capitales, y el vigente *sistema de la inscripción,* que seguiría siendo aplicable a los demás sujetos inscribibles.

Este criterio de adaptación fue objeto de una censura bastante generalizada. Ya con anterioridad a la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» se había indicado que, si bien la reforma de la publicidad registral limitada a las sociedades capitalistas, se acerca a una reforma global «porque el Registro Mercantil básicamente es un Registro de sociedades de capitales», no es aconsejable, por no tener demasiado sentido y ser perturbador para el tráfico «mantener dos regímenes registrales distintos en atención a la clase de empresarios de que se trate» (v. GARCÍA VILLAVERDE: *El Registro Mercantil español....* cit. pág. 4). La crítica de la solución dualista —sistema de publicación y sistema de inscripción— se extendió, lógicamente, tras la publicación de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley». Se estimó que esa coexistencia de sistemas de publicidad no era conveniente ni oportuna (v. A. ROJO. *Los problemas de adaptación del Derecho español al Derecho comunitario en materia de sociedades anónimas,* inédito, págs. 28 y sigs.), y se puso el acento en esa línea que siguió la «Propuesta», para hablar irónicamente de la «cohabitación» de sistemas de publicidad, calificar ese doble sistema de publicidad legal como «injustificado, inoportuno e incoherente», y terminar afirmando que tal coexistencia de sistemas es «el punto más criticable de la reforma proyectada en materia de publicidad registral» (GÓMEZ SEGADE: *La publicidad de las sociedades de capital...,* cit., págs. 28 y sigs.).

En alguna otra ocasión tuve la oportunidad de manifestar mis reservas

ante el temor de que la normativa de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» produjera una decidida crítica del camino seguido en la adaptación al dar entrada a una «coexistencia de los dos sistemas» (v. «Introducción», en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital,* Madrid, 1987, pág. 26). No es fácil, en efecto, que esa fórmula pudiera prosperar. Cabe pensar, en descargo de la solución adoptada por la «Propuesta de Anteproyecto de Ley», en la influencia ejercida por ciertos argumentos: la creencia en la superioridad del sistema de inscripción que impulsaba a reducir a sus estrictos términos la adaptación; la polémica suscitada por la adaptación de la Primera Directiva en otros países, especialmente Francia e Italia; los reparos que en esos mismos países se habían opuesto a un sistema de publicación en el *Boletín Oficial* correspondiente, con efectos no sólo informativos, sino de publicidad material, frente a terceros, de los hechos inscritos; las mismas reservas existentes acerca de la inseguridad en los efectos de la publicidad producida por la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil,* cuestión que en ciertos países, concretamente en Italia, había generado no pocas críticas, y la lógica resistencia a una generalización del sistema de publicación en un momento en que, por las razones expuestas, se pensaba que parecía más aconsejable, antes de esa generalización, valorar en su momento los resultados de la aplicación del sistema de publicación impuesto por la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento a la Primera Directiva (para una referencia a los problemas que planteó la adaptación en otros ordenamientos, v. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ· «La publicidad legal de la sociedad anónima europea», en AA.VV., *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea,* Madrid, 1978, págs. 70 y sigs.). Pero, como se percibe, ninguno de estos argumentos contó con suficiente fuerza para resistir la crítica razonada de la doctrina ante lo que se calificó como incoherencia o inoportunidad del doble sistema de publicidad.

A la postre, pues, ha terminado por prevalecer el segundo de los caminos antes enunciados. La reelaboración de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley», llevada a cabo por el propio Ministerio de Justicia y que afectó a algunas materias o puntos importantes de la misma, introdujo cambios sustanciales en la reforma de la disciplina registral. Este «Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades», que lleva fecha de 19 de enero de 1988 (en lo sucesivo, «Anteproyecto del Ministerio de Justicia»), provocó muy amplia polémica en temas concretos del Derecho de sociedades, pero no en el ámbito del Registro Mercantil. A pesar de que —como decimos— los cambios fueron sustanciales. Tanto, que aquí sí se puede afirmar que se cumplió aquel propósito enunciado en la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» de la Sección de Derecho mercantil, en el

sentido de llevar a cabo «una adaptación que signifique, no sólo la incorporación estricta del contenido de las Directivas, sino, además, una nueva regulación sistemática y completa de aquellas cuestiones a las que esas Directivas afectan»; palabras que se mantuvieron en la exposición de motivos del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia». Por un lado, la «adaptación» contemplaba, en efecto, diferentes aspectos de la Directiva comunitaria, pero ha de destacarse que, sobre todo, dio un paso decidido en materia de publicidad, al extender el sistema de publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, con efectos de publicidad material, a todas «las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción». De otro lado, la «reforma» afectaba a muy diferentes puntos de la disciplina, pero si hubiera que destacar aquí también algún aspecto, habría que hacerlo, sin duda, con la materia relativa al «objeto de la inscripción»; y, quizá, de modo especial, con la novedad que supuso el propósito de constituir «Registros independientes» con «los libros de buques y aeronaves llevados hasta ahora en los Registros Mercantiles». En todo caso, hemos de decir, a modo de conclusión crítica, y con independencia de la discusión que generó este o aquel punto concreto de la nueva regulación proyectada, que en esta materia del Registro Mercantil el camino emprendido por el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», en relación con el iniciado en la «Propuesta» de la Sección de Derecho mercantil, ganaba en coherencia interna y daba algunos pasos decididos y necesarios para una mejora técnica de la disciplina registral.

En materia de Registro esa disciplina del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia» se mantendrá casi totalmente al convertirse en «Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades» por acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de abril de 1988. Si se exceptúan las modificaciones introducidas en el artículo 16.3.º para referirse expresamente a algunas entidades sujetas a inscripción, en el artículo 17 para suprimir el párrafo segundo sobre la llevanza de los Registros Mercantiles por los Registradores de la Propiedad, y en el artículo 24 sobre la publicación de los datos identificadores de la inscripción de los empresarios y sociedades inscritas y la atribución al Ministerio de Economía y Hacienda (y no al Ministerio de Justicia) de la instrucción del correspondiente expediente sancionador (en caso de incumplimiento de aquella obligación de publicación en la documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas), se puede afirmar que la normativa del Proyecto en materia registral reproduce prácticamente de modo literal la ordenación recogida en el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia».

Algo muy distinto es lo que sucede al paso del Proyecto por el Congreso, y muy especialmente por el Senado, hasta convertirse en la Ley de 25

de julio de 1989. No se trata de ningún cambio sustancial en la orientación del sistema registral, pero sí de modificaciones importantes que en su conjunto han venido, a mi juicio, a mejorar técnicamente la disciplina legal sobre la materia. Como se ha señalado recientemente, la tramitación parlamentaria vino a «robustecer, en todos los órdenes, la relevante misión que tiene encomendada el Registrador Mercantil y procurar una más articulada inserción del mismo en el tejido institucional de nuestro sistema económico» (PAZ ARES, *ob. cit.*, págs. 1307 y sigs.). En todo caso, las modificaciones incorporadas en el curso de la discusión parlamentaria del Proyecto han sido tan notables que ni uno solo de los artículos ha quedado libre de alguna alteración. Así se advierte ya en el artículo 16, con algunos cambios en la enumeración de las entidades sujetas a inscripción, y la incorporación en su número 2 de la oportuna referencia a la competencia del Registro Mercantil en cuanto a «la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las Leyes». Y así sucede también con el artículo 17, que da una nueva redacción al artículo 17 del Proyecto, e incorpora la declaración sobre el cargo de Registrador, en el sentido de que «se proveerá de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil».

Pero la novedad formal más relevante consiste en haber dado rango legal a los principios básicos de la publicidad registral. En buena parte se ha procedido a un «traslado» de esos principios, tal como aparecían formulados en el Reglamento del Registro Mercantil, a la nueva disciplina del Código de Comercio. Así se percibe en varios de sus preceptos que se refieren, de un lado, a los presupuestos de la inscripción y, de otro, a los efectos de la inscripción. En relación con los presupuestos de la inscripción aparecen los siguientes preceptos: A) El artículo 18.1, que consagra, como regla general, el principio de titulación pública (inscripción en virtud de documento público) (art. 8 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aunque allí por referencia a la «escritura pública o documento judicial o administrativo»). B) El artículo 18.2, en que se formula el principio de legalidad (art. 5 de aquel Reglamento, aunque sea con nueva formulación). C) Y el artículo 19, sobre la inscripción obligatoria de los sujetos inscribibles (anterior art. 17 del Código de Comercio, y arts. 69 y 84 del referido Reglamento). En relación con los efectos de la inscripción se encuentran: A) El artículo 20.1, que enuncia el principio de legitimación (párrafo 3.º del art. 1, y párrafo 1.º del art. 3 del Reglamento citado). B) El artículo 20.2 sobre la llamada fe pública registral (párrafo 2.º del art. 3 del referido Reglamento). C) El artículo 21, en correspondencia con el artículo 22 del Proyecto, que consagra el principio de la publicidad o, más concretamente, de oponibilidad a terceros de los actos inscribibles

(anterior art. 26 del Código de Comercio y 2 del Reglamento derogado) con un nuevo desarrollo en el que se establece: *a)* la oponibilidad a terceros de buena fe de los actos inscribibles a partir de «su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*»; *b)* la salvedad, respecto de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil,* de «los efectos propios de la inscripción»; *c)* la referencia a las «operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación»; *d)* la obligación de resarcimiento al perjudicado por parte de quienes hayan ocasionado la discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción de los actos, y *e)* la presunción de «la buena fe del tercero» (para un nuevo y más ajustado entendimiento de los principios que afectan a los aspectos positivos y negativos de la publicidad registral, v. PAZ ARES, *ob. cit.,* págs. 1308 y sigs.). D) Y, finalmente, el artículo 23, que consagra el principio de la publicidad formal (anterior art. 30 del Código de Comercio, arts. 2 y 38 del referido Reglamento), siguiendo al paralelo artículo 23 del Proyecto, aunque concretando las formas de hacer efectiva la publicidad, en la certificación de los asientos, la simple nota informativa o la copia de los asientos y documentos depositados en el Registro, y dando una nueva fórmula a esas formas de publicidad en el Registro Central, al declarar que ese Registro «no expedirá certificaciones de los datos de su archivo, salvo con relación con las razones y denominaciones de sociedades y demás entidades inscribibles», algo bien explicable tras la incorporación del Registro General de Sociedades al Registro Mercantil Central.

Todavía quedan por enunciar algunas otras modificaciones de cierta significación en el resto del articulado. Así sucede con el número 3 del artículo 18, que da un nuevo desarrollo al artículo 18 del Proyecto en relación con la comunicación al Registro Central de los datos esenciales de los asientos practicados en los distintos Registros Mercantiles y su publicación en el *Boletín Oficial.* Así sucede también con el artículo 22, números 1 y 2, en los que se ha optado por refundir los artículos 20 y 21 del Proyecto, para referirse en un único precepto a los extremos o circunstancias que deben inscribirse en las hojas abiertas a cada empresario individual o a cada sociedad mercantil o entidades inscribibles, añadiendo un número 3 referente a la inscripción de sucursales. Y así ocurre, en fin, con el artículo 24 (correspondiente al art. 24 del Proyecto) en materia de publicación de los datos identificadores de la inscripción en la documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas de «los empresarios individuales, sociedades y entidades *sujetos* a inscripción obligatoria», con algunos cambios importantes en la redacción a los que aludiremos posteriormente.

4. En todo caso ha de indicarse ahora que la reforma de nuestro

ordenamiento registral mercantil se ha extendido puntualmente a su disciplina reglamentaria. El viejo Reglamento de 14 de diciembre de 1956 ha sido sustituido por el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, ajustado a la nueva disciplina del Código de Comercio en materia registral y a la reciente ordenación de las sociedades de capital, tal como aparecen reguladas en la Ley de «reforma parcial y adaptación» de 25 de julio de 1989 y en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo de 22 de diciembre de 1989.

No es éste lugar oportuno para un examen del referido Reglamento que, tanto por su extensión (393 arts., 28 disposiciones transitorias, seis disposiciones adicionales y siete disposiciones finales), como por las muchas novedades que introduce, está llamado a muy amplios estudios (para un acertado y muy completo estudio de síntesis sobre el alcance de la reforma y el contenido del Reglamento, v. PAZ ARES, *ob. cit.*, págs. 1307 y sigs.). Hemos de limitarnos aquí a dar noticia de los cuatro grandes títulos en que aparece dividido: el título I, relativo a la organización y funcionamiento del Registro Mercantil; el título II, como parte sustantiva y fundamental, en el que se regulan la inscripción del empresario y de sus actos; el título III, sobre «otras funciones del Registro Mercantil», en el que se recogen «las nuevas funciones» encomendadas a los Registradores mercantiles (la legalización de los libros de los empresarios, el nombramiento de expertos independientes y auditores de cuentas, y el depósito y publicidad de las cuentas anuales), y el título IV, dedicado al Registro Mercantil Central, en el que se incluye la disciplina sobre la organización de este Registro y la remisión y el tratamiento de datos en el mismo, la sección de denominaciones de sociedades y entidades inscritas, y el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, calificado como «la clave del nuevo régimen de publicidad que por imperativo de la Primera Directiva comunitaria de sociedades instaura la nueva Ley».

Esta simple referencia a los cuatro grandes títulos del Reglamento no nos libera de una alusión más concreta a su significativo «título preliminar», sustancialmente dedicado a una nueva consagración de los principios básicos de la publicidad registral. El hecho de haber elevado al rango legal la formulación de esos principios, pasando —como hemos visto— del anterior Reglamento a la nueva disciplina registral del Código de Comercio no ha sido obstáculo para que las normas que recogen esos principios vengan a presidir también el nuevo Reglamento, llenando prácticamente el contenido propio de ese título preliminar.

Ha de advertirse también que este «trasiego» de los principios registrales del anterior Reglamento al Código de Comercio y de éste al nuevo Reglamento no ha dejado de mostrar la huella de ese cambio. Me refiero

concretamente al «incremento» de esos principios en la redacción que se ha dado al título preliminar del nuevo Reglamento. En él aparecen, siguiendo la pauta del Reglamento derogado y la nueva disciplina del Código de Comercio los principios de inscripción obligatoria (art. 4.º), titulación pública (art. 5.º), legalidad (art. 6.º), legitimación (art. 7.º), fe pública (art. 8.º), oponibilidad (art. 9.º) y publicidad formal (art. 12); pero se incluyen también los principios de prioridad (art. 10) y de tracto sucesivo (art. 11), que no cuentan con su consagración legal en la nueva y vigente disciplina del Código de Comercio, y sólo fueron objeto de alguna insinuación, discutible y nada pacífica por comparación con los principios hipotecarios, en el artículo 4.º del Reglamento derogado.

En relación con esos cambios producidos en el nuevo Reglamento, la exposición de motivos dice que «a pesar de haber alcanzado rango legal los principios básicos que rigen la institución del Registro Mercantil, otros principios de menor alcance, reguladores del funcionamiento práctico del Registro, exigían también una consagración normativa, y de ahí que unos y otros aparezcan al frente del nuevo texto reglamentario configurando su título preliminar». La verdad es que no se comprende bien esta «explicación», pues ni los principios «añadidos» en el título preliminar del Reglamento son «de menor alcance», ni era tampoco necesario reproducir en el Reglamento los principios consagrados en el Código de Comercio. Más bien habrá que pensar que la «incorporación» de los principios al nuevo Reglamento —hecho que tuvo lugar en las últimas, si no en la última, de sus «lecturas»—, puede explicarse, no sólo por el propósito de que los referidos principios presidieran también la disciplina registral de carácter reglamentario (si se permite la licencia, diríamos que «lo que abunda no daña»), sino también por la conveniencia de incorporar aquellos «otros principios» (significativamente los de prioridad y tracto sucesivo), a la nueva normativa registral.

Ahora tendremos, pues, unos principios registrales recogidos en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil y otros que sólo contarán con una formulación reglamentaria. La precipitación con que fue necesario realizar los trabajos de reforma —sobre todo el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y el nuevo Reglamento del Registro Mercantil— pueden explicar ésta y otras anomalías que se advierten en las reformas introducidas en el Derecho de sociedades y en el Derecho registral en 1989. Pero entiendo que estos y otros defectos no puedan oscurecer cuanto hay de positivo y meritorio en el esfuerzo realizado para reformar parcialmente y ajustar nuestro ordenamiento societario y registral a la normativa comunitaria.

II. LA INSCRIPCION DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL

5. En este punto el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», y posteriormente el «Proyecto de Ley», introdujeron algunos cambios relevantes, sobre todo en la materia relativa a las personas como objeto de inscripción, que se mantendrá sustancialmente en toda la reforma hasta llegar a la Ley de 25 de julio de 1989. El nuevo texto del artículo 16 del Código de Comercio, tal como aparecía ya en el referido Anteproyecto, supone una ruptura importante en relación con la disciplina anterior. Como ya hemos tenido ocasión de insinuar, se intenta aquí un proceso de purificación técnica, al excluir del ámbito del Registro Mercantil «los libros de buques y aeronaves» para constituir «Registros independientes» regidos por las normas referidas a la inscripción de esos bienes, «hasta que —como ahora se dice en la disposición final segunda de la referida Ley— se establezca el Registro de la Propiedad Mobiliaria, en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los libros de buques y aeronaves, y se dote al mismo de la adecuada regulación» (v. también la disposición transitoria sexta del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989). Concluye así la coexistencia en un único Registro de la inscripción del comerciante individual y social y los hechos inscribibles que les afectan, fundada en el *folio personal,* y la inscripción de los buques y aeronaves basada en el *folio real:* coexistencia de sistemas iniciada ya para los buques con el Código vigente, y que, a partir de la crítica formulada por GARRIGUES (*El Registro Mercantil en Derecho español,* cit., págs. 669 y sigs.), ha sido censurada por la generalidad de la doctrina.

Podría decirse que por este lado se viene a recortar, en consonancia con la naturaleza propia del Registro Mercantil como Registro de determinados sujetos y actos, la tendencia hacia la expansión horizontal del viejo Registro Mercantil. Podríamos añadir, quizá con mayor precisión, que a partir de este momento el Registro Mercantil será sustancial y puntualmente un Registro de personas, hechos y relaciones jurídicas de interés para el tráfico mercantil; un Registro desprendido ya de la inscripción de determinados bienes (buques y aeronaves) que han venido desfigurando esa significación histórica del Registro Mercantil como un Registro dirigido a proporcionar a los terceros el conocimiento y la certidumbre sobre los más importantes datos referentes a los sujetos de la actividad mercantil, a sus cambios y mutaciones, y a ciertos aspectos del tráfico que realizan. Salvando el sentido que tiene esta corrección, que ha introducido la reciente reforma, se puede afirmar que la nueva disciplina registral del título II, del libro primero, del Código de Comercio, sigue siendo fiel a

aquella expansión horizontal de los sujetos y actos obligatoriamente inscribibles.

En consonancia con esta tendencia parece que el Registro Mercantil, sin dejar de ser un Registro de los empresarios mercantiles y de determinados actos, será cada vez más un Registro general del tráfico necesitado de una específica publicidad legal.

6. No es nuestro propósito en este trabajo estudiar esa expansión horizontal de los sujetos y actos inscribibles. Contemplado anteriormente, de modo muy general, el impacto que, en materia registral, ha tenido la adaptación de nuestro ordenamiento a la Primera Directiva, limitamos ahora nuestra atención a la inscripción del empresario individual. Se trata, en definitiva, de una primera parte de lo que sería un estudio más ambicioso del objeto de la inscripción en el Registro Mercantil. Estimo que, en todo caso, merece la pena reparar en algunas novedades y en la permanencia del carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual, tal como aparecen plasmadas en la reciente reforma.

A) La referencia del Código de Comercio a «los comerciantes o empresarios mercantiles individuales» (arts. 16.1 y 17 en su anterior redacción), expresión introducida por la ya citada Ley de reforma de los títulos II y III del libro primero del Código de Comercio de 21 de julio de 1973, supuso una importante y polémica novedad, que debería superarse, a nuestro juicio, sustituyendo el término «comerciante» por las palabras «empresario mercantil» en todo el articulado de nuestro viejo Código (me refiero al tema en *El Registro Mercantil español...*,cit., págs. 128 y sigs.). La «Propuesta de Anteproyecto de Ley» de la Sección de Derecho mercantil, de 1987, seguía fiel, en este punto, a la reforma de 1973, reproduciendo la expresión «los comerciantes o empresarios mercantiles individuales»; pero, frente a este criterio, el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia» y el «Proyecto de Ley» introdujeron un cambio importante: abandonaron definitivamente el término «comerciante» y, tanto en el título relativo al Registro Mercantil, como en aquel otro referente a la contabilidad, aluden tan sólo a los «empresarios individuales» o simplemente a los «empresarios» para referirse a los sujetos que realizan una actividad empresarial.

El número primero del artículo 16 del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», establecía, en efecto, que el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de «los empresarios individuales». La observación de mayor relieve que procede hacer en este punto, no es tanto la relativa a la supresión de la palabra «comerciante», como aquella otra referente al hecho de que los empresarios individuales vienen designados con carácter general, y sin ninguna referencia a su condición de empresarios «mercantiles». Este término desapareció en la totalidad del articulado relativo al Registro

Mercantil y a la contabilidad, y ha de pensarse, pues, en que esa supresión fue claramente intencionada.

Lo que se pretendió con ello fue, en definitiva, extender la posibilidad de inscribirse en el Registro Mercantil y, en consecuencia, de aprovecharse de los efectos legales de la inscripción, a todos los empresarios individuales, sean o no mercantiles (v. E. BELTRÁN «Hacia un nuevo Derecho de sociedades anónimas», *Revista de Derecho bancario y bursátil,* 1988, págs. 338 y sigs.). De este modo, la expansión horizontal del Registro Mercantil toma ahora un nuevo impulso: por primera vez amplía sus fronteras originarias o «naturales» como Registro de «comerciantes», para convertirse en Registro de empresarios individuales, sean o no mercantiles. Aludimos a un cambio de las fronteras naturales por primera vez, porque en relación con cualesquiera personas jurídicas (distintas de las «sociedades mercantiles») y las mismas personas individuales, tanto el derogado artículo 16.5.º, del Código de Comercio vigente, por referencia a las personas «cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos», como el artículo 16, tercero, del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», como, en fin, el artículo 16, quinto del Código de Comercio en su nueva redacción (este último por alusión general a «las personas naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley»), continúan ensanchando por vía de excepción la posibilidad de inscripción a cualquier sujeto, aunque no sea empresario mercantil, «siempre que realicen actos sometidos a inscripción según las leyes o reglamentos» o siempre que, como ahora se dice, se trate de personas inscribibles porque así lo «disponga la Ley».

De acuerdo con esta última orientación, los empresarios individuales, «sean o no empresarios mercantiles», serán inscribibles sin más, quedando reducida la excepción de la posible inscripción de las personas naturales, en los términos expuestos, a las personas que no sean empresarios. Sirva de ejemplo lo que sucede con los «empresarios agrícolas» a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre asociaciones y uniones de empresas, precepto en el que se facilita la integración de aquellos empresarios agrarios individuales en las sociedades anónimas de empresas estableciendo que «al amparo de lo dispuesto en el título III del Reglamento del Registro Mercantil, y a los efectos de esta Ley, podrán solicitar su inscripción en dicho Registro los empresarios agrícolas». La generalización de la inscripción a todos «los empresarios individuales», tal como ahora establece el artículo 16, primero, del Código de Comercio en su nueva redacción (arts. 87 a 93 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil), hace innecesaria esta excepción, al extender automáticamente el ámbito de aplicación de la posible inscripción registral a todos los empresarios individuales, entre ellos los empresarios agrícolas.

La extensión de las instituciones mercantiles, en este caso del Registro Mercantil, a los empresarios y la actividad no mercantil, no constituye ciertamente ninguna sorpresa; pero sería deseable que esa tendencia, tan ligada a la evolución del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, no incurriera en las contradicciones e incoherencias que pueden derivar de sucesivas reformas parciales del viejo Código de Comercio.

B) De otro lado, el artículo 19.1 del Código de Comercio mantiene el carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual. El criterio consagrado en el artículo 17 del Código de Comercio vigente —criterio que se intentó modificar en el Anteproyecto del Código de Comercio de 1926-27 (v. GARRIGUES *El Registro...*, cit., pág. 661) y parcialmente en la redacción originaria del artículo 69 del anterior Reglamento del Registro Mercantil (v. OLIVENCIA «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil,* 1959, págs. 70 y sigs.), se mantiene en términos semejantes en el nuevo texto del artículo 19 (v. también arts. 4.1 y 81.1 del nuevo Reglamento). La única novedad que se percibe, y que no resulta fácil explicar, es que la posible consagración de excepciones al carácter potestativo de la inscripción, tal como había sido establecido en la reforma del Código de Comercio de 21 de julio de 1973 al introducir la expresión «salvo disposición en contrario» ha quedado suprimida (v. ahora, no obstante, el citado art. 4.1 del Reglamento, a cuyo tenor la inscripción en el Registro Mercantil será obligatoria «salvo en los casos en que expresamente se disponga lo contrario»). En principio, pues, el carácter potestativo de la inscripción del empresario individual no admite más excepción que la del naviero individual, para el que se mantiene la obligatoriedad de inscripción en los términos que veremos posteriormente.

En todo caso, es obvio que se recoge como principio general el del carácter potestativo de la inscripción del empresario individual, y se mantiene igualmente la norma del viejo artículo 18 del Código de Comercio en el sentido de que —como dice el nuevo texto del párrafo segundo del artículo 19— «el empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales». Se trata en este último caso —como se ha venido diciendo en la doctrina— de una «presión indirecta» para que los comerciantes o empresarios individuales se inscriban. Esta llamada «presión indirecta» no es pequeña. Es suficiente con dar una lectura a los nuevos artículos 22.1 del Código de Comercio y 87 del Reglamento del Registro Mercantil para percibir la importancia de los documentos inscribibles respecto del empresario individual. El precepto incluye, tanto las inscripciones relativas a su persona y a las circunstancias de su actividad económica (datos personales, clase de empresa, nombre comercial y rótulo del

establecimiento, domicilio del establecimiento y de sus sucursales, y fecha de comienzo de las operaciones), como —lo que es ahora más importante— los actos relativos al tráfico del empresario (los poderes generales, el consentimiento conyugal, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6.º a 10; las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación, de divorcio; las declaraciones judiciales que modifiquen la capacidad del empresario individual; el nombramiento para suplir, por incapacidad o incompatibilidad a quien ostente la guarda o representación legal del empresario individual; la emisión de obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones; la apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativas a las sucursales; la suspensión de pagos y la quiebra; y, en general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el Reglamento). Se trata de preceptos directamente inspirados en el derogado artículo 21 del Código de Comercio, con las modificaciones que han venido determinadas por las últimas reformas legislativas habidas en el ámbito del Derecho de familia, los cambios que se introducen en materia de empresario individual (todos los «empresarios individuales» y no sólo los empresarios «mercantiles» individuales), y algunas alteraciones explicadas por razones técnicas. Es una enumeración de actos tal vez insuficiente, pero aceptable si se tiene en cuenta que no es una enumeración exhaustiva, sino una enumeración que ahora queda abierta a «los demás extremos que establezcan las Leyes o el Reglamento». No sé, sin embargo, si al referirse el artículo 22.1 al «empresario individual» se ha tenido suficientemente en cuenta que el artículo 16.1, quinto, incluye entre los sujetos inscribibles a cualesquiera «personas naturales» cuando «así lo disponga la Ley», personas, claro está, que no son los «empresarios individuales» previstos en el número 1, primero, y respecto de las cuales queda de algún modo oculto el ámbito de las circunstancias personales y de los actos sujetos a inscripción. Es una laguna que lógicamente ha de ser cubierta por «la ley» que disponga la inscripción de esas «personas naturales» no empresarios.

Pero volvamos al hilo de nuestra exposición: el carácter potestativo de la inscripción. Como en algún otro momento me he permitido indicar, no estoy muy seguro de que la declaración acerca de ese carácter potestativo de la inscripción del empresario individual sea correcta (*Autonomía económica liberal y codificación mercantil española,* Centenario del Código de Comercio, Madrid, 1986, pág. 78). Es probable que en esa declaración de «potestatividad» haya influido el peso histórico de la inscripción corporativa de los comerciantes. No queremos decir con ello que el requisito de la inscripción en la «matrícula de comerciantes» consagrado en el artículo 1.º del Código de Comercio de 1829 se refiera a la vieja matriculación

gremial. Esa «matrícula de comerciantes» ni es gremial, ni cumple funciones limitadoras de competencia. Ha de ser entendida más bien como un censo profesional, bien ajena a lo que significaba la matrícula en el sistema corporativo y que opera sólo a efectos de regularidad en el ejercicio del comercio (v. RUBIO· *Sainz de Andino y la codificación mercantil,* Madrid, 1950, págs. 137 y sigs.; GIRÓN TENA: *El concepto del Derecho mercantil,* Madrid, 1954, pág. 121). De otro lado aciertan, a nuestro juicio, quienes estiman que ese requisito de la inscripción en la «matrícula de comerciantes» ha de ser concebido no como un elemento constitutivo de la condición de comerciante, sino simplemente como un deber u obligación que pesa sobre quienes teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil (v. OLIVENCIA, *ob. cit.,* págs. 83 y sigs.; GIRÓN TENA, *ob. y loc.* últ. cit.).

No parece menos cierto, sin embargo, que la significación y alcance de la inscripción de los comerciantes en la matrícula constituye una de las grandes preocupaciones, si no la principal, que domina en la doctrina y la legislación del XIX en materia de Registro público de comercio. Los informes y proyectos de reforma inmediatamente posteriores a la publicación del Código de 1829 muestran ya esa preocupación por el hecho de que la falta de inscripción no tenga en el Código sanción alguna y conduzca en la práctica a la inaplicación de la disciplina jurídico-mercantil, muy especialmente de la quiebra, a los comerciantes no matriculados (v. nuestro *El Registro Mercantil...,* cit., págs. 29-34 y 41-42). Este «estado de la cuestión» provocará posteriormente una tendencia hacia su superación, para ver en la inscripción una simple presunción *iuris tantum* de la condición de comerciante, susceptible de ser superada, sobre todo en caso de omisión, con otras pruebas, ya sea para terminar estimando la necesidad de imponer una *sanción penal* semejante a la establecida en el artículo 30 para la omisión de la inscripción de documentos (v. F. FORNER: «De las compañías mercantiles», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1860, pág. 369, y en «Observaciones sobre la Real Orden de 10 de octubre de 1862 acerca de la matrícula de comerciantes», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1866, págs. 204 y sigs.; J. DE CARVAJAL: «Reforma de la legislación vigente sobre quiebras», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1878, pág. 138), ya sea para concluir afirmando, como sanción más adecuada, la imposibilidad del comerciante no inscrito de alegar tal condición cuando le favoreciera, en tanto que se privaría de valor a esa alegación para negar su cualidad de comerciante cuando le perjudicara (v. MARTI DE EIXALA: *Instituciones del Derecho mercantil de España,* 3.ª ed., Barcelona, 1859, pág. 86).

Esas líneas de evolución se desdibujan en la doctrina y la disciplina registral. No faltará quienes aboguen por la supresión de la matrícula de

comerciantes como «traba incompatible con la libertad de la contratación» (v. J. DE CARVAJAL, *ob. cit.*, pág. 138), en tanto que las normas sobre la materia intentarán, sin éxito, perfeccionar el sistema de la «matrícula de comerciantes», incluso con cierta severidad en las sanciones, tratando de terminar así con la falta de inscripción de los comerciantes (Reales Ordenes de 29 de octubre de 1838, 16 de mayo de 1846 y 30 de octubre de 1862). Pero tampoco estas disposiciones tuvieron la eficacia esperada. Esa orientación positiva llegará, en cierto modo, a la Ley de 30 de julio de 1878 que —como es sabido— modificó, entre otros preceptos, el artículo 1.º del viejo Código de Comercio, manteniendo, entre los requisitos de la condición de comerciante, el de estar «inscritos en la matrícula de comerciantes», para añadir que la falta de inscripción no eximirá a la persona dedicada al comercio «de ser tratada en juicio por las prescripciones de este Código», debiendo serle aplicable esta disciplina «desde el momento mismo en que anuncie a sus acreedores haber suspendido o aplazado el pago de sus obligaciones vencidas». Está aquí presente, sobre todo, la vieja preocupación por la obligatoriedad de la inscripción, y la sumisión, de los comerciantes no inscritos a la mayor severidad de las normas mercantiles en caso de quiebra.

Distinta es la vía que parecía seguir la reforma general del Código de Comercio. En este sentido, no deja de ser curioso, salvando las diferencias de origen en la formulación de las normas, que la Ley de 30 de julio de 1878, publicada ciertamente en plena elaboración del Código vigente, no se viera influida para nada por los trabajos que se venían realizando. Ya en el Decreto de 20 de septiembre de 1869, que aprueba las bases para la redacción del Código de Comercio, se declaraba que «todas las reglas sobre matrículas y otras exigidas para garantía a terceros contratantes deberán *fundarse en la publicidad;* la existencia de la matrícula favorable a terceros contratantes no podrá convertirse nunca en su perjuicio, y, por lo tanto, la falta de cumplimiento de aquella obligación no favorecerá en ningún caso al que la hubiera cometido» (base 5.ª, regla 2.ª). El camino que se pretende seguir está en una de las líneas doctrinales ensayadas para sancionar la falta de inscripción de los comerciantes, cediendo siempre la no inscripción —como decía ya el «Proyecto de Ley provisional para la reforma de varios artículos del Código de Comercio», de 6 de diciembre de 1840— «en daño de los mismos, sujetándolos a lo gravoso, sin opción a lo útil». Esa es la solución que terminará por prevalecer en los artículos 17 y 18 del Código de Comercio (este último aludiendo todavía al «comerciante *no matriculado*»), estableciendo el carácter potestativo de la inscripción y la «presión indirecta» de privar al «no matriculado» de la posibilidad de «pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil, ni aprovecharse de sus efectos legales»; declarando así —como se dice en la

exposición de motivos— «de acuerdo con el principio de libertad profesional, voluntaria la inscripción personal de los comerciantes, estimulándole, sin embargo, eficazmente por medios indirectos....».

Son estas consideraciones las que me inducen a pensar que la inscripción del empresario individual es muy dudosamente de carácter potestativo. Me parece claro que al desconectar la condición de comerciante (art. 1.º) de la inscripción, el Código vigente rompe ya totalmente con los muy escasos residuos de la inscripción corporativa del Código de Comercio anterior, y consagra, de acuerdo con los postulados liberales que terminan por imponerse, la libertad profesional. Es como una obsesión del legislador que puede verse ya en las bases 1.ª y 3.ª del Decreto de 20 de septiembre de 1869: «Deberá suprimirse —como dice esta última base— todo monopolio, privilegio o exclusión para el ejercicio de las varias profesiones comerciales». En este sentido, es evidente que la inscripción del comerciante y empresario individual en el Registro Mercantil es potestativa; y no sólo porque se tiene esa condición sin necesidad de inscripción, sino también porque ese comerciante o empresario individual, sometido íntegramente a la disciplina aplicable a ese *status,* no se ve sometido a ninguna sanción externa al Registro en caso de no inscripción. Contemplando así el tema, con razón se dice en la exposición de motivos que la inscripción es voluntaria «de acuerdo con el principio de libertad profesional».

Pero me parece que el régimen de publicidad legal instaurado por el Código de Comercio vigente no tiene ya nada que ver con la vieja inscripción corporativa. El Registro Mercantil es ahora una «institución de terceros», basada en una publicidad de efectos positivos y negativos de significación jurídico-privada. Este sistema se caracteriza, sustancialmente, por la adopción de una «solución registral» a la hora de valorar la publicidad legal: la inscripción o la falta de inscripción ni siquiera repercute sobre la validez o invalidez de las relaciones jurídicas sustantivas (solución negocial), sino sobre las consecuencias que produce la ignorancia o el conocimiento de los actos inscribibles por los terceros.

En cuanto a los sujetos inscribibles, si dejamos a un lado el alcance de las inscripciones constitutivas en el marco de las sociedades, tampoco parece ahora dudoso que el Código de Comercio contempla las sociedades no inscritas (sociedades irregulares) bajo el peso de una «sanción registral» (art. 24, en su redacción anterior y, con carácter general, art. 21, en su nueva redacción). Es, en este sentido, en el que entiendo que el artículo 19.1 —como el viejo artículo 18— no hace otra cosa más que establecer también una «sanción registral», consistente, en este caso, en la imposibilidad de «pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil, ni aprovecharse de sus efectos legales». Si este punto de vista es correcto, habrá que reconocer que el carácter potestativo de la inscripción

del comerciante o empresario individual, bien comprendida en cuanto se considere referida a la libertad profesional, no es aceptable si se contempla desde el ángulo de la publicidad registral consagrada por el Código. En este caso, más bien hemos de pensar en la existencia de una obligación de inscripción, cuyo incumplimiento genera la «sanción registral» prevista en el vigente artículo 19.1 del Código de Comercio.

Y en cuanto a los actos inscribibles, no es dudoso que todos los enumerados en los artículos 22.1 del Código de Comercio y 87 del Reglamento son actos «obligatoriamente inscribibles», es decir, actos, que si no se inscriben, han de soportar la «sanción registral» derivada de la falta de inscripción. No podrá suceder de otro modo. Cuando esos preceptos han querido fijar las fronteras de la obligatoriedad de la inscripción lo han dicho expresamente; así sucede con el artículo 87.2.º del Reglamento, en el que se declara que «no será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o los concedidos para la realización de actos concretos». No acierto a saber muy bien qué son «registralmente» los actos «potestativamente inscribibles», aunque no me parece dudoso que respecto de ellos no pueden producirse los efectos de la publicidad registral. Pero lo que ahora interesa señalar es que, respecto de los actos de inscripción obligatoria relativos a los empresarios individuales —como sucede con los relativos a las sociedades u otras entidades inscribibles—, la falta de inscripción y publicación desata los efectos propios de la llamada publicidad negativa. Resulta así que la inscripción del empresario individual es «potestativa», en tanto que la de sus «actos inscribibles» es «obligatoria». Pero esta última es la que, en caso de no inscripción y publicación, origina la sanción principal de la publicidad negativa, que gravita sobre todos los sujetos inscribibles, sean personas individuales o jurídicas, razón por la cual uno encuentra dificultades para atender por qué se dice que la inscripción del empresario individual es «potestativa», en tanto que la de los demás sujetos es obligatoria. Más aún cuando —como ahora se indica en el artículo 11.1 del Reglamento consagrando la norma del «tracto sucesivo»— «para inscribir actos y contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto». Y si se quiere ver una muestra de lo que significa ese «tracto sucesivo», con un tratamiento paralelo del empresario individual no inscrito y las sociedades irregulares puede verse ahora el artículo 286 del Reglamento, bien expresivo de la obligatoriedad de inscripción del empresario individual en los términos expuestos.

En favor de esta interpretación está también toda aquella orientación positiva y doctrinal del XIX que acertó a ver en los efectos de la publicidad registral la sanción más adecuada en caso de falta de inscripción en la «matrícula de comerciantes». Dentro de esta orientación, no estará de más recordar de nuevo que la base 5.ª, segunda, del Decreto de 20 de septiem-

bre de 1869, establece claramente que «todas las reglas sobre matrículas y otras exigidas para garantía a terceros contratantes deberán *fundarse en la publicidad*», y añade: «La existencia de la matrícula favorable a terceros contratantes no podrá convertirse nunca en un perjuicio y, por lo tanto, *la falta de cumplimiento de aquella obligación* no favorecerá en ningún caso al que la hubiere cometido». Es cierto que en el sistema del Registro Mercantil del Código vigente, fundado en *la hoja personal,* el artículo 19.1 puede verse técnicamente como una consecuencia necesaria de la falta de inscripción del sujeto. No se distingue aquí, como se distinguía en el Registro Público de Comercio del viejo Código de Comercio de 1829 entre la «matrícula de comerciantes» y el «registro de documentos». Pero en todo caso, no parece posible desnaturalizar la significación sancionatoria del artículo 19.1, párrafo segundo, del Código de Comercio como algo correlativo a la obligatoriedad de inscripción. Es en este sentido en el que me he permitido afirmar, en otro momento, con todas las reservas que produce la declaración positiva de voluntariedad de la inscripción (recogida ahora en el art. 19.1, párrafo primero) y una constante doctrina en esa dirección, que un atento estudio del «cambio que se produce en la concepción y regulación del Registro Mercantil, y que contemple la inscripción del comerciante individual y de las sociedades a la luz de la nueva concepción de la publicidad registral, percibiría quizá que el carácter «potestativo» de la inscripción del comerciante individual no se compadece bien con una «sanción», la del artículo 19.1, párrafo segundo, que, en definitiva, no se aleja mucho de las establecidas para las sociedades no inscritas» (*Autonomía económica...,* cit., pág. 78, con referencia al viejo art. 18). En la exposición anterior hemos intentado hacer algo más explícito el sentido de esa afirmación, con todas las dudas que suscita cualquier «originalidad» en una materia de interpretación pacífica y consolidada.

En todo caso no estará de más recordar que esa «sanción» o «presión indirecta» para lograr o estimular la inscripción de los «comerciantes» ha tenido muy escaso éxito, y así seguirá sucediendo previsiblemente con los «empresarios individuales» de los nuevos artículos 16 y 19 del Código de Comercio. La escasa dimensión que normalmente tienen estas empresas individuales, la misma ignorancia de los efectos que puede producir el artículo 19.1 en el ámbito, por ejemplo, de las relaciones de representación o de la actividad del cónyuge comerciante (v. sobre la publicidad registral en este supuesto ILLESCAS ORTIZ: «El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría,* Madrid, 1978, págs. 299 y sigs.; GARCÍA VILLAVERDE: «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM,* 1982, págs. 515 y sigs.; LÓPEZ SÁNCHEZ. «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981», *RJC,* 1983, págs. 535

y sigs.), el hecho también de que la responsabilidad universal del comerciante o empresario individual haga inoperante, a diferencia de lo que sucede en caso de beneficio de la limitación de responsabilidad, la falta de inscripción, son algunos de los argumentos que explican aquella insuficiencia de la sanción registral. Cualquier esfuerzo en favor de la inscripción de los empresarios individuales, como ya se ha intentado ensayar —según señalamos anteriormente—, en algún momento tendrá que contar con ese dato. Entiendo también que no sólo para este punto, sino, en general, para un mayor perfeccionamiento técnico de nuestra disciplina registral sería, me parece, de alto interés un estudio doctrinal más completo y coherente de las posibles sanciones en caso de falta de inscripción. La distinta naturaleza o función del Registro en su evolución histórica, el diverso tratamiento que puede merecer el sujeto y los hechos y relaciones jurídicas inscribibles, y las mismas clases de inscripciones, muestran y explican el posible juego de sanciones penales, administrativas o civiles, y dentro de éstas las simplemente registrales, las negociales o la falta de producción de un efecto constitutivo, que operan con distinto alcance en el caso de infracción de la obligación de inscripción.

C) Dentro de este cuadro de preocupaciones, parece necesario hacer aquí referencia a la nueva redacción del artículo 24 del Código de Comercio, relativo a las menciones necesarias en la documentación de «los empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria». Esta norma, con la que se pretende ampliar o complementar el régimen de publicidad formal, indicando en la «documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas», el domicilio y los datos que permitan una fácil y rápida identificación de la inscripción en el Registro, fue introducida ya —como hemos tenido ocasión de indicar— en el párrafo final del artículo 30 del Código de Comercio, tal como fue redactado en la reforma dispuesta por la Ley de 21 de julio de 1973. Pero la adaptación de nuestra disciplina registral a la Primera Directiva impuso la necesidad de introducir algunos cambios importantes. Ya en el texto de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley», elaborado por la Sección de Derecho Mercantil, siguiendo los pasos marcados por los artículos 4.º y 6.º de la Directiva, se añadía al párrafo citado del artículo 30 del Código que «las sociedades anónimas de responsabilidad limitada y comandatarias por acciones deberán hacer constar, además, su tipo social, domicilio y, en su caso, la situación de liquidación en que se encuentren», agregando que «si mencionan el capital debe hacerse referencia al capital suscrito y desembolsado».

Este texto había sido objeto de alguna crítica en el sentido de que esa exigencia de publicidad era demasiado amplia (constancia de los datos en *toda* la documentación y no sólo en «las cartas y notas de pedido» como quiere el art. 4.º de la referida Directiva) y demasiado vaga (falta de

precisión sobre los datos identificadores de la inscripción registral) (v. GÓMEZ SEGADE *La publicidad de las sociedades de capital...*, cit., págs. 36 y sigs.). La redacción posterior del artículo 24 no se hizo eco, sin embargo, de esa crítica. Tanto el Proyecto de Ley, como la Ley de 25 de julio de 1989, extienden a todas las sociedades la obligación impuesta a las sociedades capitalistas (de acuerdo en este punto con la ampliación de los criterios de la Directiva a toda nuestra disciplina registral), y establecen que la constancia de los datos requeridos se extenderá a *toda su documentación*, «correspondencia, notas de pedido y facturas», sin que, por otra parte, se precise cuáles son «los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil» que deben figurar en la aludida documentación (art. 24.1 del Código de Comercio).

El criterio de inclusión en la documentación continúa manifestándose, pues, en los términos más amplios. En cuanto a la precisión de los datos identificadores de la inscripción, se mantiene la misma referencia general que aparecía en el párrafo tercero del anterior artículo 30 del Código de Comercio, tal vez porque se ha estimado que las dudas que se pudieran suscitar fueron resueltas por la Circular de la Dirección de Registros y del Notariado de 11 de diciembre de 1973 (*BOE* de 16 de diciembre de 1973; v. también, por su interés general en materia de publicidad en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de junio de 1985, *BOE* de 19 de junio de 1985), en el sentido de que los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil son las circunstancias que deben figurar al pie del título despachado y que detalla el artículo 31 del anterior Reglamento del Registro Mercantil («además de la denominación del Registro Mercantil, el número de hoja, folio, tomo, libro y sección de la primera inscripción practicada en ese Registro» (me refiero al tema en *El Registro Mercantil español...*, cit., pág. 137). El artículo 57 del Reglamento vigente se refiere ahora al «tomo y folio, la clase, el número o letra del asiento y el número de hoja».

Mayor eco ha encontrado la crítica acerca de la falta de previsión sobre la sanción aplicable en caso de incumplimiento de la publicación de las menciones referidas en la documentación de los empresarios, tal como exige el artículo 6.º de la Primera Directiva a los Estados miembros. El párrafo segundo del artículo 24 del Código de Comercio —siguiendo el criterio del Proyecto de Ley— salva esta laguna disponiendo que «el incumplimiento de estas obligaciones será sancionado, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo con una multa de cuantía de 50.000 a 500.000 pesetas» (el Proyecto de Ley fijaba una cuantía de 100.000 a 1.000.000 de pesetas). Si, como parece

correcto entender, la publicación de las menciones requeridas es un supuesto de publicidad —noticia en interés general, es explicable que su incumplimiento dé lugar a una *sanción administrativa* de carácter pecunario, impuesta de acuerdo con el procedimiento sancionador previsto en los artículos 133 a 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de junio de 1958.

Pero si hemos traído aquí esta cuestión es para valorar su alcance en relación con la inscripción «potestativa» del empresario individual. Contemplado el tema en relación con las sociedades se puede estimar que la obligatoriedad de la inscripción tiene una escala gradual de sanciones; de un lado, la falta de inscripción genera las sanciones *registrales* más graves, propias de las *sociedades irregulares;* de otro lado, la falta de constancia de los datos identificadores de la inscripción en la documentación de las sociedades inscritas generará ahora la sanción administrativa de multa prevista en el párrafo segundo del artículo 24 del Código de Comercio. ¿Qué sucederá en el caso del empresario individual? El artículo 24 del Proyecto de Ley imponía esa obligación y la correspondiente sanción en caso de incumplimiento de la publicación de los datos identificadores de la inscripción a «los empresarios y sociedades inscritas». En este caso si, como se dice, la inscripción es «potestativa» habría que llegar a la conclusión de que la inscripción del empresario individual ciertamente no es obligatoria, pero si alguno se inscribe y no hace constar en la documentación «los datos identificadores de su inscripción» podría verse sorprendido con la sanción administrativa de multa prevista en el citado párrafo segundo del artículo 24. Aquí podríamos decir también que el empresario individual se inscribe en el Registro si quiere; pero se si se inscribe y no hace constar los «datos identificadores de su inscripción» en «toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas» podía recaer sobre él una sanción administrativa de multa de hasta 1.000.000 de pesetas. Si sucediera de este modo, el proyectado párrafo segundo del artículo 24 vendría a constituir también algo así como una «presión indirecta»; pero una presión indirecta para que, al lado de los otros argumentos expuestos, el empresario individual acreciente el escaso interés que manifiesta por su inscripción en el Registro.

Tal vez por esto, en el texto actual del artículo 24 del Código se ha cambiado la redacción. El precepto impone ahora aquella obligación y, en su caso, la correspondiente sanción a «los empresarios individuales, sociedades y entidades *sujetos* a inscripción obligatoria». Con ello se deja fuera del ámbito de la obligación a todos los empresarios individuales, excepto el naviero, porque, salvada esta excepción, la inscripción es «potestativa». Lo que ocurre, a mi juicio, es que entonces no se comprende bien por qué el tráfico va a contar con esa información en caso de inscripción de

sociedades y entidades sujetas a inscripción, y va a verse privado de ella cuando se trata de inscripción de un empresario individual. Si hago referencia a estas contradicciones es porque en este caso se percibe también la anomalía que supone el carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual. En un sistema que no mira ya a la inscripción como un requisito de «la condición de comerciante», sino como instrumento de una publicidad necesaria, esa inscripción ha de tener un tratamiento semejante para el empresario individual, el empresario social o cualesquiera sujetos o entidades que reclaman la publicidad propia de una «institución de terceros».

D) El artículo 19.1 del Código y el artículo 81.1, *a),* del Reglamento del Registro Mercantil reproducen ahora la «obligatoriedad» de la inscripción del naviero, en términos sustancialmente semejantes a los que, siguiendo la tradición, se recogía en los artículos 17 y 595 del Código de Comercio y 69.2.º del anterior Reglamento del Registro Mercantil. No es dudoso que esa «obligatoriedad» expresa va referida al naviero individual, pues en los supuestos en que nace una persona jurídica nueva (sociedad) la obligatoriedad de la inscripción se somete a la norma general (arts. 16.1 y 19.2 del Código de Comercio). La idea se hace ahora más explícita, en el párrafo segundo del artículo 19.1 del Código de Comercio al declarar que «la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero». Y con toda claridad en el citado artículo 81.1, *a),* del Reglamento al referir la obligatoriedad al «naviero empresario individual».

El artículo 19 del Código de Comercio, en su número 3, introduce, sin embargo, una importante novedad: la sanción procedente en caso de falta de inscripción del naviero. «El naviero no inscrito —dice esa norma— responderá con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas». Se intenta llenar así el vacío del Código y del Reglamento del Registro Mercantil, una laguna que había sido denunciada reiteradamente por la doctrina (v. GIRÓN TENA: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico,* Bilbao, 1959; OLIVENCIA, *ob. cit.,* págs. 115 y sigs.). La sanción consiste ahora en la pérdida de los beneficios que deriven de los sistemas de responsabilidad del naviero. Hacia esta solución se inclinaba en definitiva la doctrina que ha venido prestando atención al tema: bien sea por aplicación del artículo 2.º, párrafo tercero, del anterior Reglamento del Registro Mercantil, estimando que, «puesto que la inscripción no es constitutiva, sino simplemente obligatoria, los terceros pueden considerar naviero al no inscrito, a los efectos de la aplicación de la legislación mercantil que los favorezca, mientras que el no inscrito no podrá, frente a tercero, valerse de su condición de empresario de navegación (no podrá, por ejemplo, valerse de los sistemas de limitación de la responsabilidad del navie-

ro)» (OLIVENCIA, *ob. cit.*, págs. 116 y sigs.); bien sea por estimar que «la necesidad de la inscripción del naviero individual es una inscripción (semejante a la inscripción) *ad irregularitatem* exigida a las sociedades, de manera que el naviero no inscrito no podrá oponer a los acreedores el especial sistema de limitación de responsabilidad del naviero en alguna de las modalidades conocidas por el Derecho español» (DUQUE. «Notas sobre la publicidad del naviero», *Revista de Derecho Mercantil,* 1970, pág. 213).

El tema de la publicidad del naviero tiene muy amplia dimensión, vinculada (con abundantes problemas en nuestro ordenamiento) a la inacabada discusión acerca de la configuración positiva del naviero y los sistemas de responsabilidad del mismo (v. RUBIO: «Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio», *Revista Facultad Derecho,* de Madrid, 1940, págs. 22 y sigs.; GIRÓN TENA. *El naviero...*, cit., págs. 46 y sigs.; OLIVENCIA. *ob. cit.*, págs. 102 y sigs.; DUQUE. *Notas...*, cit., págs. 177 y sigs., y «Naviero», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* XVII, Barcelona, 1982, págs. 143 y sigs.; VICENT CHULIA. «Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación del transporte en el Código de Comercio español», *Revista Jurídica de Cataluña,* 1976, págs. 571 y sigs.). No es éste lugar oportuno para entrar en esa discusión. Lo que aquí interesa es poner de relieve el sentido que tiene la novedad de la sanción introducida por el nuevo artículo 19.3 en materia de inscripción del naviero. De acuerdo con las ideas anteriormente expuestas, hemos de entender que sobre el naviero no inscrito recae una doble sanción: de un lado, en relación con los *actos inscribibles pesará sobre el naviero individual la sanción prevista para todo empresario individual, es decir, «no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales»* (art. 19.1, párrafo segundo); de otro, en relación con su *status* de naviero, la falta de inscripción generará la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad en los términos previstos en nuestro ordenamiento internacional e interno.

Una y otra sanción tienen su marco en el ámbito del Registro Mercantil como *institución de terceros.* Por una parte, la falta de inscripción del sujeto afecta, en definitiva, a los actos inscribibles: si el empresario individual no se inscribe, no puede pedir la inscripción de ningún documento «ni aprovecharse de sus efectos legales». Estimo que esta norma sólo tiene sentido, entendiendo que son aquí aplicables los principios registrales y, más concretamente, los efectos de la publicidad material negativa: los documentos sujetos a inscripción y no inscritos ni publicados en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* no serán oponibles a terceros de buena fe (art. 21.1) (v. con anterioridad OLIVENCIA, *ob. cit.*, págs. 115 y sigs.; AURELIO MENÉNDEZ: *La buena fe y el Registro Mercantil,* Curso

de Conferencias sobre Registro Mercantil, Madrid, 1972, págs, 169 y sigs.; sirvan de ejemplo los poderes generales no registrados).

Entiendo, de otro lado, que la sanción de pérdida del beneficio de responsabilidad limitada impuesta al naviero individual no inscrito está en la línea de la sanción registral impuesta a los sujetos inscribibles; en cierto modo se trata de algo semejante a lo que sucede —según el parecer que estimamos más correcto— con una de las sanciones que sufren las sociedades con responsabilidad limitada que no se inscriben (sociedades anónimas o limitadas) (v. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades,* I, Madrid, 1976, págs. 252 y sigs., y ahora, art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 6.º de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada). En este sentido, quizá no sea desacertado pensar que en el ámbito de una publicidad que mira preferentemente hacia las relaciones externas con terceros, centradas sustancialmente en el marco de las relaciones de representación y las relaciones de responsabilidad se produce una cierta unificación en el tratamiento de los efectos patrimoniales derivados de la falta de inscripción cuando el sujeto inscribible sea persona individual o jurídica goza, en mayor o menor medida, del beneficio de la limitación de responsabilidad. La responsabilidad universal del empresario individual explica que aquella sanción sólo se aplique al naviero, pero en atención a las consideraciones expuestas no parece dudoso que esa sanción de la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad terminaría por imponerse si llegara a introducirse en nuestro ordenamiento la figura del empresario individual con responsabilidad limitada.

Madrid, 2 de abril de 1990.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho mercantil

Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español

SUMARIO: PRIMERA PARTE. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO GENÉRICAMENTE DENOMINADO MULTIPROPIEDAD I. *Razón de ser de la nueva figura: sus ventajas prácticas y económicas.* II. *Su implantación en Europa y en España.* III. *Pluralidad de fórmulas jurídicas utilizadas, o propuestas, para lograr el resultado económico perseguido por esta figura. Consecuente pluralidad terminológica.* IV. *Pluralidad de variedades fácticas que el fenómeno suele presentar.* V. *Dificultad de encontrar una definición que abarque todas las posibles variantes del fenómeno. Labor de la doctrina ante la problemática suscitada por él. Delimitación del objetivo de este trabajo: estudio del Anteproyecto de Ley español, y de las formulaciones que parecen haber tenido mayor repercusión en él.*—SEGUNDA PARTE: CONFIGURACIÓN DE LA MULTIPROPIEDAD COMO UN SUPUESTO ATÍPICO DE COMUNIDAD *PRO INDIVISO* I. *Consideraciones generales. sentido y fundamento de esta construcción.* II. *Examen de algunas de las características especiales de la comunidad-multipropiedad, que han servido de base a las críticas de aquellos sectores doctrinales que se oponen a tal configuración:* 1. Los derechos sobre el inmueble no se adquieren por todos los multipropietarios conjunta y simultáneamente, sino de forma sucesiva y autónoma. 2. La función que el uso por turnos desempeña en la multipropiedad: 2.1. El turno constituye un aspecto esencial e indefectible del instituto: vinculación institucional entre turno y comunidad; consecuencias. 2.2 Análisis de la vinculación turno-cuota desde el punto de vista de la consideración de la multipropiedad como un régimen jurídico inmobiliario (tesis de Badosa): 2.2.1. Concepto y alcance de la expresión *régimen jurídico inmobiliario.* 2.2.2. Consecuencias que produce la aplicación de dicho concepto al ámbito de la multipropiedad-comunidad. 3. El papel preponderante que desempeña en la multipropiedad la distribución en el tiempo del uso de la cosa conduce a negar la existencia en ella de cuotas ideales, que serían sustituidas por *participaciones concretas* en el uso temporal de la vivienda (comunidad *pro diviso).* 4. El principal obstáculo con el que choca la configuración como copropiedad de la figura estudiada radica en la facultad de ejercitar la acción de división, que el artículo 400 del Código Civil atribuye a cada comunero Vías utilizadas por la doctrina para excluir el ejercicio de dicha acción. 4.1. Aplicación del concepto de *elemento o departamento procomunal* (art. 4 *in fine,* de la Ley de Propiedad Horizontal). 4.2. Utilización del *pacto de indivisión* que, con una duración máxima de diez años, permite el segundo párrafo del artículo 400 del Código Civil. 4.3. Negación de que el pacto de indivisión se encuentre sujeto, en la multipropiedad, al límite máximo de diez años. 4.4. Fundamentación del carácter indivisible de la multipropiedad en el artículo 401.1 del Código Civil, superando la interpretación tradicional que del mismo se ha venido haciendo. 4.5. Consideración de la multipro-

piedad como un *régimen jurídico inmobiliario* (tesis de Badosa) 5. También se aduce, como obstáculo para la configuración de la multipropiedad según el modelo comunitario, el retracto de comuneros previsto en el artículo 1.522 del Código Civil III. *Constancia registral del fenómeno.* 1. Posibilidad de que la situación de multipropiedad tenga constancia registral: argumentos a favor. 2. Técnica de registración utilizable. posibilidad de atribuir a cada cuota de multipropiedad su propio folio registral IV. *Reflejo de la concepción comunitaria en el Anteproyecto de Ley de multipropiedad elaborado en el Ministerio de Justicia.*—III. TERCERA PARTE CONFIGURACIÓN DE LA MULTIPROPIEDAD COMO UN SUPUESTO ESPECIAL DE PROPIEDAD. LAS TEORÍAS DE LA PROPIEDAD ESPACIO TEMPORAL O CUATRIDIMENSIONAL Y DE LA PROPIEDAD DIVIDIDA I *La propiedad, espacio temporal o cuatridimensional:* 1. Análisis previo y somero del concepto de *individualización* o determinación objetiva de los bienes inmuebles. 2. Aplicación de este concepto a la multipropiedad: la originalidad de la figura radica en que con ella se pone en práctica un nuevo criterio de individualización: el módulo temporal. 3. Análisis de los caracteres más salientes de la multipropiedad con referencia a la peculiar naturaleza y delimitación de su objeto 3.1 El goce por turnos. 3.2 La indivisibilidad 3.3 La permanencia del derecho de cada multipropietario (a diferencia de lo que sucede en la propiedad temporal o cíclica). 4. Existencia en la figura estudiada de un importante aspecto comunitario. Analogías y diferencias con respecto a la propiedad horizontal. 5 Críticas formuladas contra esta teoría: 5.1. El tiempo no puede constituir objeto de un derecho de propiedad. 5 2. Utilización de un módulo temporal para la delimitación del objeto de la multipropiedad: el tiempo siempre se ha tomado en consideración en función del contenido de los derechos, pero nunca en función del objeto. 5.3. La individualización de inmuebles ha sido siempre entendida como un acto real o material, requisito que falla cuando se lleva a cabo mediante un criterio temporal II. *La propiedad dividida:* 1. Concepto y caracteres generales de la llamada propiedad dividida o comunidad *pro diviso.* 2. Aplicación de este concepto a la multipropiedad 3. Existencia, en estas hipótesis, de una comunidad paralela de intereses (comunidad de derechos personales) 4. Análisis de algunos detalles concretos del funcionamiento de la multipropiedad configurada como propiedad dividida: 4.1. Exclusión de la acción de división Existencia de cuotas de participación. 4.2. Representación, en su caso, de los multipropietarios, en la Junta de la propiedad horizontal. 4.3. Procedencia o no del retracto legal de comuneros. 5. Críticas formuladas contra esta teoría (parcialmente coincidentes con las formuladas contra la tesis anterior): 5.1. Dificultad de configurar un derecho cuyo objeto sea el tiempo. 5 2. Inespecifidad en nuestro ordenamiento de la división del dominio.—CUARTA PARTE: CONFIGURACIÓN DE LA MULTIPROPIEDAD SEGÚN EL ESQUEMA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL BREVE ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO ESPAÑOL: I. *Análisis de una tercera teoría, muy minoritaria, que con el fin de conseguir una comunidad estable, construye la figura de la multipropiedad, siguiendo el esquema de la propiedad horizontal·* 1. Configuración del fenómeno. la vivienda = elemento común; el período de tiempo = objeto del derecho de propiedad singular y exclusivo de cada titular. 2. Esta teoría no encuentra apoyo en la doctrina española Crítica II. *Breve análisis del Anteproyecto de Ley elaborado en el Ministerio de Justicia, que se decanta por esta configuración:* 1. El objeto de la multipropiedad. La multipropiedad con pluralidad de viviendas. sustitución del régimen de propiedad horizontal por el de multipropiedad. 2. Estructura jurídica de la figura: elementos privativos y comunes. Exclusión de la acción de división. 3 Cuotas: de cada multipropietario con relación a los elementos relativamente comunes, y de cada piso con respecto a los elementos absolutamente comunes; determinación y aplicaciones de las mismas. 4. Constitución del régimen de multipropiedad: 4.1. El título constitutivo· contenido. 4 2. Las multipropiedades «de hecho» 5. Tratamientos que otorga el Anteproyecto a los tiempos de uso en cuanto elementos privativos 6. Los órganos de la multipropiedad: 6.1. La Junta general. 6.2. El administrador. 6.3. Posibilidad de que los multipropietarios establezcan un régimen diferente de gobierno y administración. 7. La multipropiedad y el Registro de la Propiedad. 7.1 Inscripción del título constitutivo: ¿Tiene eficacia constitutiva del régimen de multipropiedad?

7.2. Inscripción de cada *tiempo de uso.* 8 Valoración general del Anteproyecto: 8.1 Crítica fundamental: configuración del tiempo como objeto de un derecho de propiedad. Además, excesiva complejidad de la figura creada. 8.2. El artículo 1.2 del Anteproyecto, que parece configurar a la multipropiedad como un supuesto de comunidad *pro indiviso,* no resulta coherente con el resto del articulado. 8 3. Problemática específica originada por la *multipropiedad con pluralidad de viviendas.* 8 4. Aplicación imperativa de la Ley proyectada a cualquier figura que los interesados establezcan para lograr un resultado práctico igual o similar al de la multipropiedad.

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN AL FENÓMENO GENÉRICAMENTE DENOMINADO MULTIPROPIEDAD

I. El término multipropiedad se utiliza —con preferencia a otros — para designar una de las propuestas más originales lanzadas por el mercado de la *segunda vivienda,* en un intento de conquistar nuevos espacios para el sector de las ventas inmobiliarias de tipo turístico, superando los inconvenientes que presentan las tradicionales técnicas de acceso a los alojamientos de vacaciones.

Así, *el arrendamiento de temporada,* además de resultar a menudo muy caro, origina molestias y riesgos derivados de la necesidad de concertarlo cada año, generalmente con mucha anticipación, y no permite, lógicamente, sentir y disfrutar la vivienda como propia. *La compra,* en cambio, suprime estos inconvenientes, pero comporta un sacrificio económico —sumando costes de adquisición y mantenimiento y cargas fiscales— que suele resultar excesivo con relación al provecho obtenido, dada la brevedad de los períodos anuales de utilización de la segunda vivienda.

Es precisamente el carácter periódico y breve de tal utilización lo que ha dado pie a una tercera vía, consistente en distribuir el goce del inmueble entre una pluralidad de personas, por turnos, concediendo a cada una de ellas el uso y disfrute exclusivo del mismo durante un período de tiempo predeterminado y recurrente cada año. Se basa, pues, esta nueva fórmula en los conceptos de *temporada* —en cuanto utilización de un bien durante un lapso de tiempo inferior al período de producción de su utilidad natural— y de *turno,* es decir, organización de la percepción temporal de la utilidad de una cosa, de manera intermitente pero regular (1).

No parece necesario hacer hincapié en las ventajas prácticas que tal sistema presenta con respecto a los problemas, antes señalados, del arrendamiento, ni mucho menos en las ventajas económicas derivadas de la

(1) Con respecto a estas nociones de *temporada* y de *turno:* BADOSA «La multipropietat com a *regim juridic* de l'inmoble», en VV.AA., *IV Jornadas de Dret català a Tossa (25-28 setembre 1986),* Barcelona, 1988, págs. 30-31.

distribución entre una multiplicidad de sujetos de los desproporcionados costes que pesan sobre el propietario único. Se adquiere sólo, en definitiva, lo que realmente se va a «consumir», y a un precio, lógicamente, inferior al de una compra ordinaria, reduciéndose asimismo las cargas tributarias y las de mantenimiento.

La operación resulta igualmente muy rentable para las sociedades o empresas promotoras, que con este procedimiento obtienen beneficios mayores (2), al ser mayor el número de adquirente del inmueble, pues cada uno de ellos paga menos, pero en conjunto pagan más, de lo que pagaría una sola persona por la propiedad exclusiva. La asignación de precios diferentes a los distintos períodos, según la época del año a la que correspondan, origina además un aumento de la demanda, extendiéndose así el área de los posibles multipropietarios. Y como los mismos promotores se reservan a menudo la administración del inmueble, y la gestión de una serie de servicios que —según veremos— suelen acompañar a este nuevo sistema, logran también obtener, por esta vía, sustanciosos ingresos.

La multipropiedad satisface, asimismo, intereses de índole general, ya que, de un lado, facilita a amplios sectores de la población el acceso a un bien que no podrían alcanzar sin ella y, de otro, al permitir el aprovechamiento racional y exhaustivo de los alojamientos, puede contribuir a frenar la proliferación excesiva de edificaciones, que tanto ha dañado el paisaje y el equilibrio natural de las zonas turísticas. Permite, además, que el índice de ocupación de éstas se mantenga homogéneamente a lo largo del año, lo que a su vez origina una mayor, más racional y, sobre todo, más estable absorción de la mano de obra vinculada a las actividades turísticas. Se afirma, por todo ello, que esta nueva fórmula se adapta a la moderna exigencia que quiere hacer cumplir a la propiedad una *función social,* integrándose así en la corriente socializadora que constituye la tónica actual del Derecho civil (3).

---

(2) Así, en España, el precio medio de los apartamentos sujetos al régimen de multipropiedad es de 6.500 000 pesetas, mientras que la compra de una semana anual de utilización de los mismos viene a costar como promedio 530 000 pesetas. Y puesto que el número de períodos semanales vendidos cada año suele ser de cincuenta, los promotores obtienen, mediante la venta del apartamento en multipropiedad, una cantidad de 26.500.000 pesetas (según datos suministrados por SARA GARCÍA CALLE, en un artículo publicado por el diario *El País,* el 22 de enero de 1989, pág. 10).

(3) En este sentido: CASELLI *La multipropietà. Problemi giuridici,* Milano, 1983, pág. 102; MUÑOZ DE DIOS. «La multipropiedad urbana en nuestro Derecho», *La Ley,* 1987, 4, pág. 869, y O'CALLAGHAN MUÑOZ *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad,* Madrid, 1987, pág. 36. Y con respecto a todos los beneficios socieconómicos mencionados en el texto, *vid.,* además: DAGOT Y SPITERI: «A la recherche de la multipropiété», *La semaine juridique,* 1972, I, 2481, núms. 2-3; GRANELLI «Le c.d. vendite in multipropietà», *RDC,* 1979, págs. 686-687; ALPA y BESSONE *Poteri dei privati*

II. Todas estas ventajas socioeconómicas justifican el rápido arraigo y desarrollo de la figura en varios Estados de Europa. Así, según datos recogidos por la Comisión de la CEE, en 1986 existían en el ámbito de ésta 300 urbanizaciones en las que se utilizaban la nueva fórmula, cada una de ellas integrada, como término medio, por unas 50 unidades, lo que suponía una inversión de unos tres millones de libras esterlinas (4).

Por lo que se refiere específicamente a España, y según un estudio realizado por la Secretaría General de turismo, existen en la actualidad 132 complejos dedicados a este sistema, lo que significa un total de 6.650 alojamientos con capacidad para albergar a 26.600 personas en cada tanda. En este negocio se han invertido, desde 1980 hasta 1987, 176.000 millones de pesetas. Todos los complejos pertenecen a promotores extranjeros, en su gran mayoría británicos (5).

---

e statuto della proprietà, Padova, 1980, pág. 81; ROCA GUILLAMÓN «Consideraciones sobre la llamada multipropiedad», *RDN,* núms 117-118, 1982, págs. 293-294, CONFORTINI *La multipropietà,* 1, Padova, 1983, págs 9-11; PELOSI «La multipropietà, tra comunione e propietà temporanea», *RDC,* 1983, pág. 463; SANGIORGI *Multipropietà inmobiliare e funzione del contratto,* Napoli, 1983, pág. 3: DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ voz «multipropiedad», en *Diccionario de Derecho civil,* II, Pamplona, 1984, pág. 220; MORELLO *Multipropietà e autonomia privata,* Milano, 1984, págs 128, 129 y 198; intervenciones de QUADRI, GRANELLI y CHIAIA, en *Multiproprietà Confronto a più voci (atti del seminario svoltosi a Bari il 4 e 5 de maggio de 1984),* a cargo de BARBIERA, Milano, 1986, págs. 63, 65, 98 y 136, respectivamente, LEYVA DE LEYVA «La propiedad cuatridimensional un estudio sobre la multipropiedad», *RCDI,* núm. 566, 1985, páginas 37-38; GIVORD y GIVERDON *La copropiété,* 3ª edic., París, 1987, pág. 9; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES «Soluciones notariales al problema de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido», Ponencia española a la III Jornada notarial iberoamericana (Palma de Mallorca, 1987), *RDN,* núm 135, 1987, pág. 14, O'CALLAGHAN MUÑOZ «La multipropiedad», *AC,* 1987 (538), pág. 1665; PELEGRÍ GIRÓN y PELEGRI GIRÓN «La naturaleza jurídica de la multipropiedad y sus aspectos fiscales», *Cuadernos de Derecho y comercio,* núm 2, 1987, págs. 108-109; ROMA RIERA «Multipropiedad», en III Jornada notarial iberoamericana (Palma de Mallorca, 1987), *RDN,* núm. 135, 1987, págs. 318-319, y COCA PAYERAS «Ley de Propiedad Horizontal, '¿Código' de la propiedad inmobiliaria plural? (urbanizaciones privadas y multipropiedad)», *Tapia,* núm. 43, diciembre 1988, pág. 17.

(4) *Vid.* «Propuesta de documento de trabajo. *Time sharing.* Comisión de las Comunidades europeas», en *RDR,* núm 14, 1987. pág 197.

(5) Las Comunidades que cuentan con más urbanizaciones de este tipo son Andalucía y Canarias, con 49 y 46, respectivamente Les siguen las islas Baleares (21), la Comunidad valenciana (11), Cataluña (3) y Murcia (2) (datos tomados del artículo de GARCÍA CALLE, cit.) PAU mencionaba, con relación al año 1984, la existencia de unas doce mil cuotas inscritas en el Registro de la Propiedad, de donde, calculando un promedio de cinco personas por familia, resultaba un total de 60 000 usuarios; claro que estas cifras no incluían los supuestos de multipropiedad comunitaria no inscrita, ni tampoco los de multipropiedad societaria, que sólo tendrán reflejo en el Registro Mercantil (*vid.* «La multipropiedad en el Derecho comparado», *RDR,* núm. 10, 1984, página 24). Según los datos de que dispongo, el número de multipropietarios rondaría los 60.000 en Francia (así, PELEGRÍ y PELEGRÍ, *ob. cit.,* pág. 109). En cuanto a Italia, MAGGI precisaba hace seis años que el fenómeno afectaba a 15.000 familias, con un total de

III. Pues bien, para lograr el resultado económico antes descrito —uso temporal periódico plural en exclusiva (6)—, y ante la ausencia en casi todos los países de una normativa específica al respecto (7), la práctica comercial y la doctrina han utilizado y propuesto, respectivamente, diversas fórmulas jurídicas, orientadas unas hacia la inclusión del fenómeno en el ámbito de los derechos personales —a través, fundamentalmente, del llamado *modelo societario*—, y asentadas otras, la mayoría, en el área de los derechos reales, configurándose la multipropiedad como una *forma específica de propiedad o de copropiedad,* o, incluso, como *un derecho real limitado, en cosa ajena.* Tal pluralidad de configuraciones no encubre, lógicamente, una multiplicidad de fenómenos intrínsecamente diferentes: se trata sólo de diversos instrumentos técnicos adoptados para satisfacer un interés sustancialmente análogo.

De ahí que el término *multipropiedad* no presente un significado jurídico unívoco, y que aun habiendo obtenido consagración doctrinal y práctica, no haya dejado de señalarse su inadecuación con respecto a algunos de los mecanismos jurídicos utilizados, habiéndose propuesto denominaciones alternativas más acordes con aquéllos.

Efectivamente, dicha expresión resulta especialmente inadecuada en el modelo societario consagrado legislativamente en Francia—, en el que el derecho al goce periódico del inmueble se encuentra vinculado a la calidad de socio, y no tiene, por tanto, carácter real; se ha señalado, en consecuencia, que resultaría más apropiada en este sistema la utilización del término *multidisfrute (multijouissance)* (8). Similar inadecuación cabe predicar con respecto a las hipótesis de configuración del supuesto como derecho real limitado; así, en Portugal, el Decreto-ley de 31 de diciembre de 1981, regula una figura a la que se ha denominado *derecho real de habitación periódica.*

Ni siquiera se considera totalmente correcto el vocablo *multipropiedad* por quienes tienden a calificar el fenómeno estudiado como un caso especial de comunidad, precisamente porque el mismo no denota tal especialidad, sino que viene a ser mero sinónimo de *copropiedad* (propiedad de muchos, o múltiples titulares del derecho de propiedad), de modo que la

---

40 000-50 000 personas (*Il Mondo,* 2 de agosto de 1982, núm. 31, pág. 32, citado por CASELLI *La multiproprietà. Problemi...,* cit., pág. 2, nota 2), mientras que MORELLO y SELVAROLO daban la cifra de cincuenta mil propietarios en 1984 (*ob cit.,* pág. 198, e intervención en VV.AA., *Multipropietà Confronto..,* cit., pág 176, respectivamente).

(6) Según expresión de BADOSA, *ob. cit.,* pág. 29.

(7) Constituyen una excepción: Portugal (Decreto-ley de 31 de diciembre de 1981), Francia (Ley de 6 de enero de 1986), Grecia (Ley de 14 de octubre de 1986) y Argentina, con una Ley de 1987.

(8) Propuesta formulada por STEMMER «Copropriété. Division dans le temps», citado por PELEGRÍ y PELEGRÍ, *ob. cit.,* pág. 108.

denominación utilizada no pone en evidencia ningún rasgo exclusivo del nuevo instituto (9); expresiones como *copropiedad en el tiempo, intermitente, discontinua* o *por turnos,* se han propuesto para solventar este inconveniente. El carácter de propiedad especial, que muchos atribuyen a la figura, se manifiesta, por último, en fórmulas tales como *propiedad espacio-temporal, cuatridimensional, periódica, temporal,* y *a tiempo compartido,* por citar sólo las más frecuentes de entre la pléyade de expresiones más o menos "pirandellianas" (10) acuñadas no tanto por los tratadistas jurídicos cuanto por la práctica comercial.

El éxito, con todo, del término *multipropiedad* —que probablemente va a quedar consagrado en nuestro ordenamiento, al ser el utilizado por el Anteproyecto de Ley que regula la figura—, a pesar de su carácter ambiguo e inexpresivo, obedece fundamentalmente a razones extrajurídicas, entre las que destacan su mejor adaptación a los fines publicitarios y su cómoda pronunciación (11). En el ámbito internacional, sin embargo, se encuentra también bastante arraigada la expresión anglosajona *timesharing,* que ha recibido respaldo oficial por ser precisamente la que emplea la Comisión de la CEE al abordar el estudio del nuevo fenómeno (12).

IV. A la mencionada multiplicidad de fórmulas jurídicas hay que añadir el gran número de variedades fácticas que el fenómeno suele presentar, ya que lo mismo puede afectar a un inmueble aislado (chalé, villa), que recaer sobre un apartamento de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, o —hipótesis muy frecuente— o sobre todos los apartamentos de un edificio o de una urbanización, o incluso sobre el entero edificio o complejo, en el sentido de que los beneficiarios no tienen derecho al goce por turnos de un piso concreto, sino de todos ellos,

---

(9) En este sentido, DE CUPIS «Multiproprietà e comproprietà», *RTDPC,* 1984, pág. 1025, y O'CALLAGHAN. *Promoción...,* cit., pág 29.

(10) Como tales las califica CONFORTINI, *La multiproprietà,* cit., pág 6.

(11) En este sentido, DOYON y ZURFLUH «La propriété à temps partagè et ses problemes», *Act. J. = Pro. Inm ,* 1976, citados por LEYVA, *ob. cit.,* pág. 35.

(12) Cfr. *supra,* nota. Y con relación a las cuestiones terminológicas tratadas, *vid* ROCA GUILLAMÓN *ob cit.,* pág. 293; CASELLI *La multiproprietà. problemi. .,* cit., pág. 1, CONFORTINI *La multiproprietà I,* cit., págs. 4, 6 y 12; SANGIORGI *Multipropietà...,* cit., págs. 1, 2, 5; DE CUPIS *Multiproprietà...,* cit., págs. 1024-1025; SPINELLI y NATOLI, intervenciones en VV AA., *Multiproprietà Confronto...,* cit., pág. 12-13 y 66, y 204-205, respectivamente; LEYVA. *ob. cit.,* pág. 35; MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *ob. cit.,* pág. 18; O'CALLAGHAN. «La multipropiedad», cit., pág. 1665, y *Promoción...,* cit., págs. 28-29; PLADA CAMACHO. en VV AA., «Soluciones notariales. », cit., *RDN,* núm. 135, 1987, págs 392-393; RIGHETTI, STAWSKY Y VILLANUESTRE NANO. *ibídem,* pág. 360; ROMA RIERA. *ob cit.,* pág. 317, TRANCHINI y CAUSSE, en ACQUARONE y otros, «Soluciones notariales.. » cit , *RDN,* núm 135, 1987, pág 167.

alternativamente. Cabe también establecer ciertas diferenciaciones en función de la naturaleza y entidad de los servicios complementarios que suelen acompañar a esta modalidad de disfrute —administración, limpieza, mantenimiento y, en general, resolución de cuantos problemas prácticos pueda originar el uso por turnos—, servicios tanto más necesarios cuanto mayor es el número de multipropietarios, y que se prestan o gestionan a menudo por el mismo promotor (13).

V. Ante el panorama descrito no me parece oportuno, ni tampoco necesario, intentar ofrecer una definición del fenómeno genéricamente conocido como *multipropiedad,* dada la dificultad de encontrar alguna que abarque todas las posibles variantes (14). Es suficiente poner de manifiesto —como ya he hecho— el resultado económico al que tiende esencialmente esta técnica, procediendo luego a examinar las diversas fórmulas jurídicas utilizadas para lograrlo. Pues la labor de la doctrina ante esta nueva problemática ha de ser la de intentar racionalizar las soluciones propuestas por los operadores jurídicos, haciéndolas compatibles con los datos del Derecho positivo; se trata, en suma, de conferir a la técnica de la multipropiedad —dada la indudable importancia de la misma (15)—

---

(13) Desde este punto de vista, establece MORELLO una distinción entre multipropiedad *simple,* cuando no existen en el complejo estructuras comunes importantes, ni una obligación de los multipropietarios de servirse de ellas, y multipropiedad *estructurada,* cuando los complejos cuentan con abundantes servicios e instalaciones comunes, teniendo los multipropietarios derecho a utilizarlos y obligación de sostenerlos (*vid. ob cit.*, pág. 200). Aun sin emplear tales términos, GRANELLI, más detalladamente, señala cinco hipótesis diversas en función de la importancia que en ellas revistan los servicios (*vid,* intervención en VV AA, *Multiproprietà. Confronto...,* cit., págs. 85-89). Y CONFORTINI pone de manifiesto, finalmente, que con frecuencia la existencia de servicios genera confusiones sobre la naturaleza jurídica del negocio, dado que la posibilidad concedida al multipropietario de utilizar las instalaciones recreativas y deportivas o disfrutar de servicios accesorios (lavandería, limpieza de la vivienda, recepción, etc.), conduce a ver en el supuesto, no un negocio de efectos reales, sino un contrato con efectos puramente obligatorios (*vid. La multiproprietà* I, cit., págs. 23-24, nota 26).

(14) Pero puede verse un elenco bastante amplio de definiciones ofrecidas por autores norteamericanos, argentinos, italianos, franceses y españoles en MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, págs. 32-33.

(15) Importancia tanto económica —los datos aportados anteriormente en el texto son un exponente de la misma—, como desde la perspectiva de la ciencia jurídica; y ello tanto por el carácter novedoso de la figura —a este respecto se suele recordar la importancia de los estudios doctrinales surgidos en su día en torno a la propiedad horizontal—, cuanto por referirse a una institución básica de todo sistema jurídico: el derecho de propiedad (en este sentido, SÁNCHEZ REY, loc. cit., pág. 14). Se ha dicho incluso que la multipropiedad constituye un verdadero desafío a todas las nociones que componen nuestra cultura jurídica (así, CALO, en VV.AA, *Multiproprietà. Confronto...*, cit., pág. 33), y que la misma pone a prueba la capacidad fantástica del jurista para llevar a cabo una soldadura entre el patrimonio normativo y las nuevas exigencias emergentes de la realidad (en este sentido, QUADRI, en VV AA, *Multiproprietà. Confronto...*, pág. 68).

contornos claros y definidos, determinando qué posibilidades de adecuación presentan los esquemas normativos típicos para disciplinar el nuevo fenómeno (16); tarea —se ha dicho— nada fácil, puesto que han de evitarse tanto el frecuente entusiasmo iconoclasta, como el recurso seguro a institutos ya consolidados, pero bastante alejados de la finalidad económica perseguida por la figura (17).

El objetivo de las páginas que siguen no es, sin embargo, el análisis de todas las fórmulas utilizadas, o propuestas, para la configuración jurídica de la multipropiedad. Efectivamente, dado que en España contamos ya con un Anteproyecto de Ley que se ocupa de la figura, me limitaré al estudio de aquellas formulaciones que parecen haber tenido mayor repercusión en el mismo; a saber, y según mi opinión: la configuración de la multipropiedad como una copropiedad por cuotas especial o atípica, la teoría de la denominada *propiedad cuatridimensional,* y la que se inspira en un esquema similar al de la propiedad horizontal.

Quedan al margen, por tanto, la fórmula societaria —consagrada en Francia por la Ley de 6 de enero de 1986—, y la que ve en la multipropiedad un derecho real limitado, solución adoptada, como ya he dicho, por el Decreto-ley portugués de 31 de diciembre de 1981, que regula el llamado derecho de *habitación periódica.* Tampoco me ocupo, dentro de las teorías que encuadran la multipropiedad en el ámbito del derecho de la propiedad, de las que ven en ella un supuesto de propiedad temporal o cíclica, ya que no han tenido reflejo en el Anteproyecto mencionado.

SEGUNDA PARTE

CONFIGURACIÓN DE LA MULTIPROPIEDAD COMO UN SUPUESTO ATÍPICO DE COPROPIEDAD *PRO INDIVISO*

I. La idea de un goce por períodos de tiempo o fracciones temporales sobre una misma cosa parece abocar, *prima facie,* al esquema de la comunidad (18). Y así, la solución a la que con más frecuencia se recurre en la práctica española y extranjera (19), y la que cuenta también, a mi juicio,

(16) En este sentido, CONFORTINI, *La multiproprietà I.* cit , pág. 8, y SANGIORGI, *Multiproprietà...,* cit., págs. 7-8, e intervención en VV.AA, *Multiproprietà. Confronto...,* cit., pág. 55.

(17) Así, QUADRI, en VV AA, *Multiproprietà. Confronto...,* cit., pág. 68.

(18) En este sentido, MONTES PENADES. «Momento adquisitivo y momento extintivo de la sucesión en el goce», en VV.AA., *IV Jornades de Dret català...,* cit., pág. 284.

(19) Concretamente, en Estados Unidos, Australia, Suiza, Holanda, Bélgica, Italia, Argentina y Uruguay (*vid.,* al respecto, ROCA GUILLAMÓN, *ob cit.,* pág. 302; MORELLO,

con mayor apoyo doctrinal, consiste en encuadrar la multipropiedad en el ámbito de la copropiedad *pro indiviso,* si bien con ciertas matizaciones y peculiaridades que luego veremos.

La preferencia de la doctrina se explica, en parte, por la arraigada convicción de que tal figura es la única que permite justificar la presencia simultánea de varios derechos de propiedad sobre el mismo bien (20). En cuanto a la práctica, no cabe duda de que, a falta de específica regulación legal, el recurso a un instituto típico, sobradamente conocido, constituye un punto de referencia seguro y conveniente, que permite evitar problemas o resolver fácilmente los que se presenten (21).

Entienden los partidarios de esta tesis que concurren en la multipropiedad de los tres requisitos fundamentales para la existencia de comunidad (22), a saber:

— pluralidad de sujetos llamados de modo simultáneo, exigencia que se cumple, por definición, en la figura estudiada;
— unidad de objeto, en el sentido de que los derechos de los multipropietarios recaen sobre la totalidad del piso, apartamento o chalé, y no sobre partes materiales del mismo, e
— identidad cualitativa de cada titularidad —dado que todas atribuyen las mismas facultades de uso, goce y disposición—, aunque puede haber entre ellas diferencias cuantitativas, según la duración de los distintos períodos.

Nos encontraríamos, pues, ante un supuesto de concurrencia de varios sujetos, titulares de un mismo derecho sobre idéntico objeto (23).

---

ob. cit., pág. 91, LEYVA, *ob. cit.*, pág. 72; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO «La multipropiedad y la acción de división», *RDR*, núms 11-12, 1985, pág. 63; SILVESTRO, en VV.AA., *Multiproprietà Confronto ..*, cit , pág 109; CARRER y GODOY, en ACQUARONE y otros, «Soluciones notariales ..», cit., *RDN*, núm. 135, 1987, pág. 190, MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág 68; MUÑOZ DE DIOS, *ob cit* , pág. 869; PELEGRÍ Y PELEGRÍ, *ob. cit.*, pág 111; RIGHETTI y otros, *ob cit* , pág. 378; ROMA RIERA, *ob. cit.*, pág. 327, y SÁNCHEZ REY, *loc. cit.*, pág. 14.

(20) Así, AUTORINO STANZIONE y otros: «Estructura y función de la multipropiedad en la experiencia jurídica italiana», en VV.AA , *IV Jornades de Dret català.* , cit., página 190.

(21) *Vid.* ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, pág. 320; MORELLO, *ob cit.*, pág. 94, y LEZZA, en VV.AA., *Multiproprietà. Confronto...*, cit., pág. 117.

(22) Señalados por J. BELTRÁN DE HEREDIA *La comunidad de bienes en el Derecho español,* Madrid, 1954, pág. 29.

(23) En este sentido, PAU PEDRON «La multipropiedad en el Derecho comparado», *RDR*, núm. 10, 1984, pág. 44, y «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *RCDI*, 1988, pág 18; MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág. 69, TRANCHINI y CAUSSE, en ACQUARONE y otros, *ob. cit.*, pág. 181, y MONTES PENADES, *ob. cit* , pág. 284.

Pues bien, siendo dos las posibilidades de configuración de tal supuesto en nuestro ordenamiento, los autores consultados *dan por sentado* que la multipropiedad es una copropiedad *pro indiviso* de tipo romano, cuya característica fundamental —como se sabe— radica en la atribución a cada comunero de una cuota de participación en la cotitularidad del derecho, cuota sobre la que aquél ejerce un señorío exclusivo. Así, se afirma que el multipropietario es titular de una cuota parte indivisa del objeto común, que le atribuye el derecho de usar y disfrutar del mismo durante un período determinado cada año (24).

Pero estos mismos autores admiten —según veremos— la concurrencia en la multipropiedad, por vía convencional, de ciertas características que hace de ella una figura atípica o especial, apartándola de la comunidad *pro indiviso* tal como viene configurada en el Código Civil: fundamentalmente, la exclusión de la acción de división, considerada tradicionalmente como elemento estructural de la comunidad romana. Ahora bien, a mi modo de ver, tal circunstancia origina una cierta aproximación de la multipropiedad al modelo germánico, en el que la comunidad se considera «como una situación permanente y estable, y además como una forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas» (25), afirmación esta última muy similar a algunas de las argumentaciones utilizadas para mantener el carácter indivisible de la multipropiedad (26).

Los detractores de la tesis comunitaria niegan, en cambio, la presencia en la multipropiedad de alguno de los elementos definitorios de la comunidad *pro indiviso,* ya sea la concurrencia *simultánea* de una pluralidad de sujetos, dando lugar a las teorías que encuadran aquélla en el ámbito de la propiedad temporal o de la propiedad periódica—, ya sea la unidad del objeto —amparándose en las teorías de la propiedad dividida o de la llamada propiedad *cuatridimensional.*

Ahora bien, se ha dicho que el recurso a estas construcciones, un tanto rebuscadas, obedece probablemente, en buena medida, al deseo de escapar a la calificación de copropiedad por los inconvenientes que tradicionalmente se achacan a la misma —lo que no sería óbice, indudablemente,

---

(24) En este sentido, entre otros, TAMBORRINO *Il consulente immobiliare,* 1977, pág. 738, citado por TERZAGO *Il condominio,* Milano, 1981, pág. 41; CARRER y GODOY, en ACQUARONE y otros, *ob. cit.,* pág. 191; MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.,* págs. 153-154 y 170; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *ob cit.,* pág. 63, y ROMA RIERA, *ob cit.,* pág. 327

(25) DÍEZ-PICAZO *Fundamentos de Derecho civil patrimonial,* II, Madrid, 1986, pág. 758

(26) *Vid. infra,* págs. 46 y sigs. Con todo, hay otra circunstancia, además de la existencia de cuotas, que separa a la multipropiedad de la comunidad germánica: la de que ésta aparece siempre como consecuencia de anteriores relaciones, personales, familiares o sociales, en tanto que la romana es una situación abstracta en la que dichas relaciones resultan indiferentes (*vid.* DÍEZ PICAZO, *ibidem*)

para la concurrencia en el supuesto estudiado de los caracteres de la comunidad (27)—, o bien a la consideración de que existen entre la multipropiedad y la comunidad típica, regulada por el Código Civil, ciertas diferencias estructurales que imposibilitan la identificación de ambas figuras (28). Los partidarios de la tesis comunitaria, sin negar la existencia de diferencias —relativas al origen, duración, fines y organización de la multipropiedad—, consideran que las mismas delimitan una figura que, aun siendo atípica, se mantiene dentro del molde de la copropiedad *pro indiviso* (29).

En cuanto al fundamento en el que cabe amparar tal posibilidad de configurar una comunidad *pro indiviso* atípica, hay quien recurre simplemente a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 392 del Código Civil, en cuya virtud las normas de éste sólo regularán la comunidad «a falta de contratos o de disposiciones especiales» (30). Otros autores, en cambio, entienden que la mencionada posibilidad no puede ampararse, sin más, en dicho precepto, puesto que el mismo no significa, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, que la totalidad de esas normas revista carácter supletorio; existen, por el contrario, preceptos inderogables que, establecidos para proteger un interés superior al de los copropietarios individualmente considerados, no pueden ser dejados sin efecto por acuerdo o pacto de éstos (31).

PAU PADRÓN, principal exponente de esta segunda postura, mantiene en este punto una actitud un tanto contradictoria, pues afirma, de un lado,

---

(27) En este sentido, MIQUEL «Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como comunidad», *RDR*, núm. 14, 1987, pág. 49.

(28) Así, CASELLI considera que las diferencias estructurales entre los dos supuestos son de tal entidad que no resulta posible configurar ambos en un único fenómeno jurídico. en la multipropiedad se encuentra una particular forma de organización entre sujeto y objeto, caracterizada por una aplicación diferente de las normas del Código que regulan las relación de comunidad (*vid* «Un nuovo dirito reale: la multiproprietà, *Rass. Dir Civ.*, 1985, 3, págs. 629 y 631) Y según CAPARRELLI. los trazos que caracterizan la comunidad aparecen en la multipropiedad completamente alterados (*vid.* VV AA , *Multiproprietà. Confronto* .., cit , pág 124).

(29) Así, BADOSA, *ob cit.*, pág. 32. MARTÍNEZ PIÑEIRO. *ob. cit* , pág 85, PAU «Configuración...», cit., págs. 18-19, y ORIO, en ACQUARONE y otros, *ob. cit.*, pág. 185.

(30) Así, MUÑOZ DE DIOS, *ob. cit.*, pág. 870, y LORA TAMAYO. en un modelo de «Escritura de constitución de un inmueble en régimen de multipropiedad» (cfr. *infra*, nota).

(31) Opinión mantenida, entre otros muchos, por: BELTRÁN DE HEREDIA. *ob. cit.*, págs. 191 y sigs.; MIQUEL. en VV.AA , *Comentarios...*, cit., págs. 52 y sigs., y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS· *Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pág 232. Ocurre, sin embargo, que no existe pleno acuerdo a la hora de decidir cuáles son los preceptos inderogables; suelen mencionarse los de los artículos 395, 398.3, 399, 400.2.º, 403 y 405, aunque. como ya he apuntado, no coinciden en su totalidad los señalados por cada uno de estos autores.

que no cabe tampoco recurrir al principio de autonomía de la voluntad para la creación de nuevos derechos reales (32), ya que considera, siguiendo a DÍEZ PICAZO, que el mismo puede sólo tener por objeto derechos limitados, en tanto que el dominio no admite formas atípicas. Por ello acude al principio, más general, de autonomía de la voluntad en el Derecho patrimonial, como fundamento de la especial configuración de la copropiedad-multipropiedad (33).

Realmente no resulta fácil saber cuál es este «principio de autonomía de la voluntad en el Derecho patrimonial», si no se trata ni del plasmado en el artículo 1.255 —que se refleja en el 392.2, ya que esta disposición no impide la aplicación de ciertas normas imperativas que rigen la comunidad en el Código Civil—, ni del principio de *numerus apertus* en materia de derechos reales, por no admitir la propiedad formas atípicas, afirmación esta última que contradice, además, la configuración de la multipropiedad como una forma *atípica* de comunidad (34). Por otro lado, cuando DÍEZ PICAZO afirma que «el derecho real pleno, el dominio, no admite formas atípicas» (35), lo hace, siguiendo a CAMY, en el sentido de que en «favor del propietario no hay más derecho que el de propiedad» (36), afirmación lógica, pero que, a mi modo de ver, no excluye la posibilidad de introducir variaciones, hasta cierta medida, en el contenido de esta figura: no hay más derecho pleno que la propiedad, pero su contenido no es —qué duda cabe— absolutamente homogéneo siempre y en todo caso.

La posibilidad a que estoy aludiendo ha obtenido el reconocimiento de la DGRN, la cual, en Resolución de 18 de mayo de 1983, considera inscribibles en el Registro de la Propiedad —al amparo de los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º de su Reglamento (considerando 9)— una «comunidad especial y atípica» (considerando 4), que reúne los caracteres de «funcional, organizada y permanente» (considerando 1) (37). Invoca, a tales efectos, la Ley 371 de la Compilación Navarra, equivalente al artículo

---

(32) Tanto la jurisprudencia registral (Resoluciones de la D. G. R. y N., de 1 de abril de 1981, 14 de marzo de 1984 y 10 de abril de 1987), como la Sala Primera del TS (Sentencia de 6 de julio de 1988), han afirmado rotundamente que rige entre nosotros un sistema de *numerus apertus* de derechos reales Igualmente, la doctrina mayoritaria: ALBADALEJO *Derecho Civil,* III, 1, págs. 28 y sigs.; DÍEZ PICAZO *Fundamentos de Derecho civil patrimonial,* II, 1983, págs. 80 y sigs., y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *ob cit.*, págs 18 y sigs

(33) *Vid.* «Configuración.. », cit., pág 20

(34) *Vid.* la crítica que a las afirmaciones de PAU hace HERRERO GARCÍA *La multipropiedad,* Madrid, 1989, págs. 99-100

(35) *Fundamentos...,* cit., pág. 101

(36) *Fundamentos...,* cit , pág. 87.

(37) Se trataba de una «comunidad de garaje», constituida por el propietario único de un edificio subterráneo, que se fracciona en 46 cuotas indivisas, con exclusión de la acción de división y del derecho de retracto.

392.2 del Código Civil (38), precisando el cauce por donde ha de discurrir la autonomía de la voluntad en este supuesto: que la comunidad «responda a un fin lícito, por estar ínsita en la realidad social de nuestra época» (considerando 9); ahora bien, que la multipropiedad existe y se desarrolla dentro de estos límites —se ha dicho—, es algo que está fuera de toda duda (39).

Así pues, en la práctica, el régimen jurídico de la multipropiedad-comunidad habrá de venir (y de hecho suele venir) establecido convencionalmente, mediante el otorgamiento de un título constitutivo —utilizando la terminología de la Ley de Propiedad Horizontal— en el que se recojan las características peculiares de la misma (40). En la mayoría de los casos, dada la, por definición, abundancia de multipropietarios, será preciso recurrir al *sistema de adhesión a un estatuto redactado previa y unilateralmente por el promotor,* que los compradores habrán de ir aceptando íntegramente al adquirir su participación indivisa, como sucede habitualmente en la propiedad horizontal (41). Es posible, incluso, que las normas que específicamente regulan el régimen de multipropiedad de un piso o apartamento se incluyan en los estatutos de propiedad horizontal del edificio al que aquél pertenece (42). Claro que también cabe pensar en la

---

(38) «Las comunidades de bienes o derechos se rigen por el título de constitución y, en su defecto, por los usos y costumbres y por las disposiciones del presente título.»

(39) En este sentido, PAU. «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág 46, seguido por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 75-76

(40) En este sentido: PIÑOL AGUADE «Reseña de la obra de E. Kischinewsky-Broquisse», *RCDI*, 1979, pág.1002, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO «¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?», *ADC*, 1978, pág. 36; LEYVA, *ob. cit*, pág. 98; BRANCOS NÚÑEZ «Titularidades urbanas compartidas», en VV.AA., *IV Jornades de Dret català* , cit., págs. 119-120, MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit* , págs 97-98, y ROMA RIERA, *ob. cit.*, pág. 334. También en Italia la tendencia general de la doctrina y de la práctica consiste en configurar la multipropiedad como una forma especial de comunidad, con un reglamento contractuall que regule el uso por turnos y otros aspectos característicos de la misma (*vid.* MORELLO, *ob. cit* , pág. 91, y SILVESTRO, en VV.AA., *Multiproprietà. Confronto...*, cit., pág. 109). ALPA y BESSONE recogen un ejemplo de *regolamento condominiale* para una hipótesis de multipropiedad (*ob. cit* , págs. 73-76)

(41) Así, MARTÍNEZ PIÑEIRO y ROMA RIERA, *ibídem.* Y LORA TAMAYO RODRÍGUEZ ofrece un modelo de «Escritura de constitución de un inmueble en régimen de multipropiedad», en la que el representante de la sociedad propietaria del inmueble «establece, al amparo de lo dispuesto en los artículos 392 y 1 255 del Código Civil, y de los artículos 2 º de la Ley Hipotecaria y 7.º de su Reglamento, las normas por las que ha de regirse esta multipropiedad o comunidad que sobre la finca descrita... se formará al venderse participaciones indivisas de la misma» (en *Boletín del Colegio Notarial de Granada,* abril 1987, pág. 798).

(42) Tal es el caso de un estatuto elaborado por PAU, en el que, para lo que ahora nos interesa, se afirma lo siguiente: «Artículo 10. Conforme resulta del artículo 6 º de estos estatutos, los diversos departamentos privativos que integran la comunidad horizontal podrán pertenecer a varios propietarios en régimen de propiedad temporal o por períodos; a estos efectos, se atribuirá a cada titular una cuota en condominio sobre un

hipótesis de que los estatutos sean elaborados por los propios multipropietarios, en el caso de que un grupo reducido de personas —amigos, familiares o compañeros de trabajo, por ejemplo— adquieran *conjuntamente* una vivienda no predestinada por el promotor o vendedor al régimen de multipropiedad, y carente, por tanto, de estatutos que organicen dicho régimen, en cuyo caso serán los compradores los que deban establecer la adecuada regulación paccionada (43).

II. Corresponde ahora examinar algunas de las características peculiares de la comunidad-multipropiedad, que han servido de base a las críticas de aquellos sectores doctrinales que se oponen a tal configuración, y cuya previsión y regulación constituye en gran parte el contenido fundamental de los estatutos o reglamentos de multipropiedad.

1. En primer lugar se ha esgrimido, como argumento en contra de la existencia de comunidad, la circunstancia de que, dado el gran número de multipropiedad que suele corresponder a cada inmueble, los derechos sobre éste no se adquieren por todos ellos conjunta y simultáneamente, sino de forma sucesiva y autónoma; no hay, por tanto, un único título de adquisición, sino una pluralidad de títulos, separados e independientes (44).

No parece ser ésta una argumentación muy sólida, puesto que, una vez

---

departamento y se le señalará un período anual de tiempo de uso que tendrá carácter exclusivo Es por ello que para gobernar el condominio que surgirá en tales supuestos sobre cada uno de estos departamentos privativos se establecen, formando parte de los presentes estatutos, las siguientes reglas.. ». Y el artículo 20 añade que «en lo no previsto se regirá esta comunidad particular por lo dispuesto en el artículo 392 y siguientes del Código Civil y por la Ley de Propiedad Horizontal» (*vid.* «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., págs. 57 y 61, respectivamente). Obsérvese la, a mi juicio, incongruente terminología utilizada, puesto que se habla de «propiedad temporal o por períodos», cuando lo que se atribuye a cada titular es «una cuota en condominio sobre un apartamento», que le faculta para utilizar éste de forma exclusiva durante un determinado período anual (los estatutos de PAU han sido utilizados en una multipropiedad constituida en Baqueira, localidad donde el autor ejerció sus funciones de Registrador, según informe HERRERO GARCÍA *La multipropiedad,* 1989, pág. 80, nota 21). ROMA RIERA señala que los estatutos de multipropiedad se incluirán en la «escritura de constitución del régimen de multipropiedad, que puede insertarse o no en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal» (*ob. cit.*, pág. 338).

(43) Se refieren a esta posibilidad: FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, que alude a «lo que los diversos adquirentes hubieran concertado sobre sus relaciones internas» (*ob. cit.*, pág. 36), y BRANCOS NÚÑEZ, que habla de «regulación estatutaria, voluntariamente establecida por los comuneros» (*ob. cit.*, pág. 119).

(44) Hace alusión a esta crítica, aunque mostrando su disconformidad con respecto a ella, TAMBURRINO *Il consulente inmobiliare,* 1977, 738, citado por TERZAGO, *ob. cit.*, pág. 41. CONSTANTINO, por su parte, pone de manifiesto que en la comunidad existe un único título de adquisición del derecho, mientras que en la multipropiedad los títulos son separados e independientes (*vid.* VV.AA., «Confronto...», cit , pág. 169).

que el derecho de propiedad sobre la vivienda ha sido fraccionado, por el promotor o constructor que otorgó el título constitutivo, en una mutiplicidad de cuotas indivisas, bastará la enajenación de una sola de ellas para que surja ya una situación de comunidad entre el adquirente y el vendedor, titular de las restantes fracciones (45), comunidad que se irá ampliando a medida que se enajenen éstas, de modo similar a lo que ocurre con la venta de pisos en la propiedad horizontal (46). Cuando cada multipropietario haya adquirido autónomamente su derecho de un tercero —ha escrito una autora italiana—, de modo que la cuota correspondiente, la naturaleza y duración del derecho de goce, etc., aparezcan determinados desde el principio en el título de adquisición predispuesto por el vendedor, y no por acuerdos internos entre los multipropietarios, nos encontramos indudablemente ante una figura de copropiedad, ya que todos los poderes que normalmente corresponden al propietario pleno resultan repartidos entre los multipropietarios, y sólo entre éstos (47). Entiende, sin embargo, que se trata de un régimen de copropiedad de carácter atípico (48), lo que desde luego no se opone a la tesis que en estas páginas estoy examinando.

Y en ningún lugar impone nuestro Código la adquisición *conjunta* como requisito inexcusable para la constitución de comunidad. Por contra, suele afirmar la doctrina que para que ésta exista «solamente es preciso que varios adquieran el mismo derecho», y que «no cabe que dos personas sean titulares de un mismo derecho *pro indiviso* y no estén en comunidad» (49). La adquisición del derecho conjunta o sucesivamente parece, pues, indiferente.

---

(45) En este sentido, TAMBURRINO *Il consulente inmobiliare*, 1977, pág. 738, citado por TERZAGO, *ob. cit.*, pág. 41; LEYVA, *ob. cit.*, pág. 74, y ROMA RIERA, *ob. cit.*, pág. 338.

(46) Obsérvese que en el modelo de escritura ofrecido por LORA TAMAYO, cuyo texto se transcribe parcialmente en la nota ..... , se alude a la comunidad que *se formará* sobre la finca *al venderse participaciones indivisas de la misma.* Parece así contemplar la posibilidad de enajenaciones separadas en favor de los distintos adquirentes. Y en el Reglamento recogido por ALPA y BESSONE se dice expresamente (art. 6.º) que «con la venta de la primera cuota se constituye la comunidad» (*ob. cit.*, pág. 73). *Vid.* además, las consideraciones de BADOSA sobre las consecuencias jurídicas que acarrea la venta sucesiva —por tanto, no simultánea— de los turnos, *infra* nota

(47) LANZILLO· «Le varie forme de multiproprietà. Prospettive d'indagine», *Riv Dir. Comm.*, 1983, I, pág. 319.

(48) En opinión de esta autora, la multipropiedad se aparta de la comunidad porque en la primera cada derecho singular nace y está destinado a vivir separado y autónomo respecto de los otros *(vid. ibídem).* Pero, a mi juicio, dicha autonomía puede también predicarse de las cuotas de la copropiedad típica, que tienen, según ha declarado el Tribunal Supremo, «todos los caracteres de un perfecto derecho, siquiera sea mental o ideal, mientras subsista la indivisión», y sobre ellas pueden los propietarios «ejercitar sus facultades de dueño enajenándolas, cediéndolas o hipotecándolas» (Sentencia de 5 de julio de 1979) (*vid.* LACRUZ *Elementos de Derecho civil*, III, 2, Barcelona, 1980, pág. 276).

(49) MIQUEL, en VV.AA., *Comentarios...*, cit , págs. 30 y 5, respectivamente.

No hay que descartar, por otro lado, la hipótesis —no por infrecuente, imposible— de que un grupo reducido de personas compre conjuntamente un inmueble para someterlo al régimen de multipropiedad, en cuyo caso no existiría peculiaridad alguna en orden a la constitución de la comunidad.

2. La función que el uso por turnos desempeña en la multipropiedad es otra de las diferencias que suelen señalarse entre ésta y la copropiedad *pro indiviso*, constituyendo un nuevo reparo a la posibilidad de encuadrar la primera en el marco de la segunda.

2.1. No cabe duda de que los copropietarios pueden acordar, en cuanto a la utilización de la cosa común, una regulación distinta de la establecida por el artículo 394 del Código Civil, que prevé como principio general el uso promiscuo o solidario.

Concretamente, la posibilidad de que el uso se realice por turnos goza de secular reconocimiento doctrinal y legal. Este sistema fue ya previsto por Ulpiano (50), recogido por el Código general de Prusia y admitido por nuestro Tribunal Supremo, quien en Sentencia de 16 de marzo de 1965, afirmó —con frase que se adecua notablemente a la multipropiedad— que «en algunos supuestos es absolutamente indispensable, para poder permitir la convivencia de varios derechos iguales en cuanto a calidad, aunque pueden diferir en la proporción cuantitativa sobre el mismo objeto» (51).

Pero sucede que mientras en el régimen típico de la copropiedad, el turno es sólo una de las formas posibles y reversibles de ejercitar el derecho, que cabe establecer y suprimir por decisión mayoritaria (52), en la

---

(50) «El turno —dice BONFANTE— es uno de los sistemas con los que el Derecho romano se solía no pocas veces reglamentar el goce entre los condóminos (L. 23 D. comm. div. 10,3; L. 35 1 D. loc. cond 39,2: alternis annis)» (Nota a App. de Génova, 9 de enero de 1914, en *Foro it.*, 1914, I, col. 763 y sigs., citado por CALO y CORDA *La multipropiedad,* traducción española de JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA. Madrid, 1985, pág. 1, nota 1).

(51) En cuanto a la posibilidad de uso por turnos, *vid.*, entre otros muchos: BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 239; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 768; LACRUZ, *Elementos...*, III, 2, cit., pág. 270; MIQUEL, en VV AA., *Comentarios...*, cit., págs. 76-77; PAU «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., págs. 46-47, y «Configuración...», cit., pág. 21, BADOSA, *ob. cit.*, pág 32, y MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, págs. 72-73 Para la doctrina italiana, *vid.*, por todos: PELOSI, *ob cit.*, pág. 464, y SANTORO-PASSARELLI. «Multiproprietà e comproprietà», *RTDPC,* 1984, pág. 24, nota 11.

(52) La casi totalidad de la doctrina considera tal decisión como un acto de administración, sometido, por tanto, al artículo 398.1 del Código civil, que exige para los mismos «acuerdo de la mayoría de los partícipes» (*vid* MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág 73, nota 190). Lo mismo en Italia, con fundamento en el artículo 1.105.2 del *Código* —que requiere «deliberación de la mayoría» para «los actos de ordinaria administración»—, según los autores citados en la nota precedente; pero CALO y CORDA ponen de

multipropiedad, en cambio, la utilización exclusiva del bien por períodos alternos constituye un aspecto esencial e indefectible del instituto, lo que implica la exclusión, *a priori,* de cualquier otro sistema (53). No hay que olvidar, además, que en la multipropiedad la comunidad se establece en función del goce turnado, mientras que en el caso de la comunidad ordinaria éste deriva de un acuerdo entre los comuneros, y constituye, por tanto, desde un punto de vista lógico, un *posterius* con respecto a aquélla (54).

Tales características se han explicado —desde las filas comunitarias— afirmando que el rasgo definitorio de la multipropiedad, a este respecto, radica en la *institucionalización del reparto del goce en el tiempo,* en la existencia de una *vinculación institucional entre el turno y la comunidad* o, lo que es igual, entre el período y la cuota: en la multipropiedad, el uso por turnos constituye un elemento estructural y tiene, por ello, *naturaleza real,* mientras que en la comunidad ordinaria con simple pacto de uso por turnos, aquella vinculación es meramente instrumental, y la división del uso produce sólo efectos obligacionales (55).

De esta fundamental distinción se deducen las siguientes consecuencias:

— En primer lugar, el pacto de uso por turnos requiere, cuando se dirige a establecer un régimen de multipropiedad sobre el inmueble, acuerdo unánime de los partícipes (56). Señala MARTÍNEZ-PIÑEIRO que esta cuestión carece de relevancia, ya que será el promotor quien determine tal sistema de uso en el título de constitución de la

---

manifiesto que en ocasiones los Tribunales han exigido unanimidad para el establecimiento del sistema de turnos (*vid. ob. cit.*, págs. 7-11).

(53) En este sentido, PELOSI, *ob cit* , pág. 464, seguido por CONFORTINI *La multipropietà* I, cit., pág. 40,nota 75. También CASELLI emplea, como argumento contra la tesis comunitaria, el de que en la multipropiedad el uso por turnos es «constante y esencial» («Un nuovo diritto.. », cit., pág 631)

(54) Así, LEZZA y SELVAROLO «Un modello di proprietà: la multipropietà», *Riv giur. edil* , 1977, II, pág 18, citado por CONFORTINI, *ibidem.*

(55) En este sentido, PAU· «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 47, y «Configuración...», cit , pág. 21; SANTORO-PASSARELLI, *ob. cit.*, pág. 25, y MIQUEL, en VV.AA., *Comentarios* .., cit., pág. 49. Tal vinculación se expresa así en los estatutos recogidos por PAU «La titularidad del derecho o facultad de uso de cada departamento durante cada uno de los períodos indicados, deberá ir unida de modo necesario e inseparable a la titularidad de la cuota en el condominio sobre el mismo que más atrás ha quedado indicado» («La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 57)

(56) Así, MIQUEL, quien afirma que cuando la «regulación del uso se pretenda como estatuto de la comunidad con carácter permanente y modificador de los derechos de los partícipes más allá de las medidas de administración» —cual es el caso, como él mismo reconoce, de la multipropiedad—, «el uso sólo puede regularse por acuerdo unánime de los partícipes» (en VV.AA., *Comentarios....* cit., pág. 77).

multipropiedad, limitándose los adquirentes posteriores a adherirse al mismo (57). Pero no hay que descartar —y ya me he referido otras veces a ello— la posibilidad de que sean los comuneros los que transformen una copropiedad ordinaria en multipropiedad, acordando, entre otras cosas, el uso turnado con las características ya vistas. Y tal acuerdo habría de adoptarse por unanimidad.

— En segundo lugar, también la alteración de los períodos de tiempo asignados a cada cuota exige unanimidad, y así suele establecerse expresamente en los estatutos de multipropiedad (58). Incluso, cuando las normas que regulan el régimen de multipropiedad sobre un apartamento se incardinan, como sucede con frecuencia, en el título constitutivo o los estatutos de propiedad horizontal del edificio, bastaría aplicar la regla del artículo 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, para que fuera precisa la unanimidad (59), aun a falta de previsión expresa al respecto.

— La tercera consecuencia implica que en la multipropiedad no cabe extralimitación en el uso —y también esto suele preverse en los estatutos (60)— cuando no ejercite su derecho el que puede ocupar la vivienda en el período siguiente (61). Por contra, en la copropiedad ordinaria con pacto de uso por turnos, «la extralimitación es válida siempre que no perjudique a los demás» (62).

Por último, la vinculación institucional entre cuota y período, y el efecto real de la división del uso por turnos, hace que la inscripción registral de la cuota deba también incluir la expresión del período que le

---

(57) *Vid. ob cit*, pág. 73

(58) En este sentido, PAU «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 47, y «Configuración. .», cit, pág. 22, y MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág. 73. Lo que no obsta para que, tal como se reconoce en el artículo 10 5 de los estatutos presentados por PAU, sean válidos y surtan plenos efectos «los convenios de períodos de uso que verifiquen entre sí dos condueños de un departamento, con tal de que uno y otro sean titulares de la cuota en condominio sobre el mismo, indispensable para acceder al uso de cada período» («La multipropiedad en el Derecho comparado .», cit., pág. 47).

(59) Pues tal artículo la exige para la validez de los acuerdos de Junta que «impliquen aprobación o modificación de reglas contenidos en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos».

(60) «Todos los copropietarios en propiedad temporal de un departamento, mediante la aceptación de estos estatutos, renuncian de modo expreso e irrevocable a ocuparlo fuera del período que les corresponda», se lee en el artículo 10.6 de los estatutos recogidos por PAU («La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 59).

(61) Así, PAU· «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 47, y «Configuración », cit, pág. 22: CONFORTINI *La multipropietà*, cit., pág. 40, y LEZZA, en VV.AA., *Multiproprietà. Confronto* . , cit. , pág 118, los dos últimos utilizan este dato como argumento en contra de la tesis comunitaria.

(62) BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit* , pág. 241, al que sigue PAU, *ibidem.*

corresponde. Ello puede fundarse en el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, que permite la inscripción de «cualquier acto o contrato de trascedencia real que... modifique, desde luego... alguna de las facultades del dominio», o en el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, cuando la multipropiedad esté integrada en un edificio en régimen de propiedad horizontal, y los estatutos de aquélla se incluyan en los de ésta (63).

2.2. Esta vinculación entre turno y cuota ha sido muy bien explicada por BADOSA analizando el fenómeno desde una perspectiva que —a mi modo de ver— todos los autores intuyen o dan por supuesta (64), pero que sólo él explicita y desarrolla: la consideración de la multipropiedad como un régimen jurídico inmobiliario.

2.2.1. El concepto —y la expresión— de *régimen jurídico* aplicado a los inmuebles surge de la Ley de Propiedad Horizontal, que lo utiliza en su exposición de motivos y en varios puntos de su articulado (65). Pues bien, tras una serie de consideraciones sobre la propiedad horizontal como régimen jurídico inmobiliario —las cuales no pueden ser íntegramente recogidas aquí (66)— termina BADOSA ofreciendo las siguientes conclusiones generales con respecto a dicho concepto:

— Desde un punto de vista formal se trata de una *cualidad jurídica* que caracteriza o identifica al inmueble, pudiéndose decir, en este

(63) Ya que el citado artículo prevé que en la inscripción de «los edificios en régimen de propiedad por pisos», «se incluirán... aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuran el contenido y ejercicio de esta propiedad».

(64) Así, por citar sólo tres ejemplos, en el modelo de estatutos que presenta PAU, alude varias veces a la multipropiedad como «régimen» (*vid.* «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág 57, art 10). Igualmente, LORA TAMAYO ofrece un modelo de «Escritura de constitución de un inmueble *en régimen* de multipropiedad» (*vid.* loc cit.). A la «escritura de constitución del *régimen* de multipropiedad» se refiere también ROMA RIERA *(ob. cit.,* pág. 338).

(65) Así, en el epígrafe de su capítulo II («Del régimen de la propiedad por pisos»), en los artículos 3.º y 21 También se encuentra en el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, incorporado precisamente por la de la propiedad horizontal.

(66) BADOSA parte de la base de que la propiedad horizontal no es un derecho, puesto que puede darse sin sujetos que sean titulares de la misma; estaríamos, pues, ante un derecho que, paradójicamente, podría existir sin titular. Se trata, por tanto, de una institución *despersonalizada.* Para demostrarlo menciona: el artículo 396 I del Código Civil, que formula la propiedad horizontal en términos potenciales: «Los diferentes pisos y locales *podrán* ser objeto de propiedad separada que llevará inherente...», el párrafo 14 de la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, que alude a la posibilidad de que un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal sea considerado como un único objeto con un único propietario —el constructor o el promotor—, en tanto no se haya vendido ninguno de los pisos y locales, el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, que admite la constitución del régimen nada más comenzada la construcción, en cuyo caso existirá la propiedad horizontal, pero no habrá evidentemente derecho por falta de objeto, ni titulares por falta de derecho y de objeto.

sentido, que pertenece a la *forma* de la cosa (v. artículos 467, 489, 869.1 y 1.557 del Código Civil). Dicha cualidad goza además de naturaleza real: es por tanto inherente al inmueble y oponible a cualquier tercero que entre en relación con él.

— En cuanto a su contenido, el régimen jurídico afecta a la *configuración del inmueble como objeto de derechos reales,* configuración que, lejos de ser arbitraria, responde a los posibles destinos económicos de la cosa. Significa, por tanto, *otorgar valor jurídico a las posibles variedades de explotación económica de un inmueble.* Ahora bien, la expresión *destinación económica* no se refiere al tipo de utilidad que la cosa proporciona, pues éste vendrá dado por su naturaleza, sino a la *manera de organizar la percepción de tal utilidad.*

La relación entre la propiedad horizontal y el inmueble sobre la que recae es de cualidad a soporte, no de derecho a objeto. Se trata, por tanto, de una característica o cualidad del objeto, aunque no de tipo físico o material, sino jurídico y, por tanto, inmaterial. Dicho de otro modo, el régimen jurídico de la propiedad horizontal pertenece al concepto de «forma» de la cosa —en el sentido en que lo utilizan los artículos 467, 489, 869.1 y 1.557 del Código Civil—, concepto que se refiere al conjunto de cualidades que la especifican, y que no tienen por qué ser necesariamente de índole física.

La consecuencia de que la propiedad horizontal sea una cualidad del inmueble y no un derecho de propiedad, es que se puede constituir incluso antes de que exista el edificio (art. 8.4 de la Ley Hipotecaria), en cuyo caso se tratará de una cualidad meramente prevista o proyectada, que sólo se hará efectiva en el momento en que aquél se construya

No es la propiedad horizontal el único régimen aplicable a un edificio que reúna las características materiales señaladas por el artículo 396 del Código Civil —la existencia en él de «diferentes pisos y locales .. susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública»—, sino que su concurrencia requiere, por el contrario, una previa decisión creadora expresa, justificada en el derecho de propiedad actual o futuro sobre el edificio: el acto de constitución del régimen se fundamenta en el poder de disposición sobre la cosa, inherente al derecho de propiedad.

El efecto jurídico que define a la propiedad horizontal como régimen inmobiliario consiste en la multiplicación del objeto del derecho de propiedad: el inmueble pasa, a ser objeto único, a constituir una pluralidad de objetos. Queda así excepcionado un principio general de los derechos reales, según el cual una única cosa material es también objeto de un solo derecho, pues en este caso una sola cosa material se constituye en una pluralidad de objetos de derecho. La exigencia de unidad material para la creación de objetos de derecho se sustituye así por la de unidad de aprovechamiento económico.

El régimen de propiedad horizontal no introduce, sin embargo, modificación alguna en el contenido de los diversos derechos de propiedad que recaen sobre el edificio, es decir, ni en la titularidad exclusiva de los diversos pisos y locales, ni en la comunidad *pro indiviso* sobre el resto del inmueble. Incluso, con respecto a esta última, la exclusión de la *actio communi dividundo* se basa simplemente en la aplicación del artículo 401.1 del Código Civil, entendido, además, en su sentido tradicional.

Según lo apuntado anteriormente, no es la propiedad horizontal el único régimen aplicable a un inmueble dotado de pisos y locales independientes. También puede serlo la propiedad ordinaria, porque también la misma configura el objeto del derecho de

Puede darse, por tanto, una definición provisional del régimen jurídico inmobiliario diciendo que es *una cualidad jurídica real del inmueble que contribuye a configurarlo —más o menos intensamente— como objeto de derechos reales, y que se fundamenta en una determinada destinación económica del mismo* (67).

En esta materia rige, por otro lado, el principio de *numerus apertus*, puesto que una de las facultades que integran el poder de disposición inherente al derecho de propiedad es la de modificar la *forma* del objeto, tanto en sus características físicas como jurídicas, según se desprende de los artículos 869.1, 489, 1.557, 397 y 1.695.4 del Código Civil (68).

2.2.2. Veamos ahora qué consecuencias produce la aplicación de tal concepción al ámbito de la multipropiedad-comunidad.

Señala BADOSA que la copropiedad, cualquiera que sea su modalidad y, por tanto, también la multipropiedad, en la que la cuota se encuentra adscrità a un turno, es una *situación subjetiva*, puesto que deriva de la *previa* existencia de una pluralidad de personas en la titularidad de un derecho de propiedad. La cuota, cualquiera que sea su modalidad de concreción, representa la participación excluyente de cada cotitular en el derecho único. Ello comporta, también, que se trata de una situación *circunstancial y variable*, ya que la existencia de las cuotas y su extensión depende en cada momento de la efectiva existencia y del número de los cotitulares. Si dicho número disminuye, también lo hace el de cuotas, y si queda reducido a uno, la copropiedad desaparece y queda sustituida por la propiedad exclusiva. Por otro lado, la multipropiedad es una situación siempre pendiente de la voluntad extintiva de cualquier cotitular (69).

Varía mucho la situación cuando se contempla esta figura como *régimen jurídico inmobiliario*. En primer lugar, se trata de una *situación objetiva*, en la que el turno se eleva a elemento definitorio, con independencia de la efectiva existencia y número de cotitulares. *Los turnos se asignan al inmueble de forma inmediata*. Consecuentemente, la multipro-

---

propiedad: su operatividad, entendida como régimen jurídico, consiste en que la existencia de una pluralidad de locales susceptibles de aprovechamiento independiente carece de relevancia jurídica, de modo que en estos casos existe, a pesar de ello, un único objeto del derecho de propiedad: la totalidad del edificio. La propiedad ordinaria constituye, además, el régimen *natural* del inmueble, inherente a su existencia material, que rige, por tanto, salvo que expresamente se establezca lo contrario (*vid. ob. cit.*, págs. 13-25).

(67) *Vid. ob. cit.*, pág. 26.

(68) *Vid. ob cit.*, págs. 27-28.

(69) Esta afirmación obedece al hecho de que —como más adelante veremos— BADOSA considera que en la regulación de la copropiedad contenida en nuestro Código Civil no cabe eludir de forma definitiva la posibilidad de que se ejercite la acción de división (*vid. ob. cit.*, pág. 37).

piedad no es ya una situación circunstancial y variable, y pendiente siempre de la voluntad extintiva de un solo cotitular, sino una situación dotada de fijeza y que asume la categoría de *cualidad real del local.* Es un *modo de organizar la utilización del inmueble previo e independiente de la presencia de los titulares, elevando a cualidad jurídica del local lo que inicialmente es sólo una destinación económica: el uso turnado.*

Ahora bien, *la multipropiedad-régimen jurídico determina la configuración de la multipropiedad-copropiedad pro indiviso,* puesto que los copropietarios del inmueble quedarán sometidos al modo de utilización por períodos temporales exclusivos asignados al mismo. *Sus cuotas estarán, por tanto, predeterminadamente adscritas a turnos,* quedando excluido el uso conjunto autorizado por el artículo 394 del Código Civil.

Abundando en esta cuestión de las relaciones existentes entre *el turno* de la multipropiedad —régimen jurídico y *y la cuota* de la multipropiedad— copropiedad *pro indiviso*, afirma BADOSA, en primer lugar, que no existe correspondencia recíproca entre ambos conceptos, y ello porque los turnos vienen predeterminados desde el principio por el título constitutivo del régimen inmobiliario, en tanto que las cuotas dependen de la efectiva presencia de copropietarios: puede así haber turnos sin cuotas, pero no cuotas sin turnos, pues mientras éstos son autónomos —en su descripción en el título constitutivo—, aquéllas —en su existencia— se encuentran necesariamente adscritas a turnos. Puede decirse que la cuota de la multipropiedad *pro indiviso* comporta el turno de la multipropiedad régimen jurídico, afirmación que, en cambio, no cabe hacer a la inversa, puesto que no siempre el turno comporta una cuota: puede haber *turnos disponibles,* en el caso de que existan más turnos de utilización previstos que copropietarios efectivos.

¿Qué consecuencia jurídica produce, desde esta perspectiva, la vinculación de las cuotas a los singulares turnos? Pues la de que la individualización de la cuota no se hace ya en relación al cotitular, es decir, que no existen tantas cuotas como titulares, sino que se hace en relación con los turnos, por lo que un mismo cotitular puede así detentar dos o más cuotas, si ha adquirido dos o más turnos. Se excepciona de este modo el principio de correspondencia número de cuotas-número de cotitulares. La adscripción al turno otorga fijeza a la cuota e impide la consolidación de varias de ellas en una sola aunque pertenezcan al mismo titular. El total de turnos previstos en el régimen señala el número máximo de posibles cuotas y cotitulares. Ahora bien, en el caso de constitución unilateral —por parte, por ejemplo, de una promotora que establece el régimen y vende los turnos— sucederá que en tanto no se hayan vendido todos ellos,

el número de cuotas existentes será inferior al de turnos previstos en el régimen (70).

Pues bien, el papel preponderante que, según estamos viendo, desempeña en la multipropiedad la distribución en el tiempo del uso de la cosa, conduce a algunos a negar la existencia en ella de cuota ideales —representantivas de una fracción del contenido del derecho—, que serían sustituidas por *participaciones concretas* en el uso temporal de la vivienda, lo que originaría, en definitiva, una pluralidad de objetos diferentes: no podría haber aquí, por tanto, una comunidad indivisa, sino un supuesto de comunidad *pro indiviso*, o propiedad dividida por fracciones temporales o, más bien, espacio-temporales (71).

Frente a este planteamiento se afirma que si cabe una copropiedad *pro indiviso* con pacto de uso turnado, no se ve la razón para que la multipropiedad, que simplemente refuerza la vinculación del turno a la cuota, no pueda ser también una comunidad *pro indiviso* y deba calificarse de *pro diviso* (72).

Y para demostrar que las cuotas, en la modalidad de multipropiedad, siguen siendo nociones inmateriales o partes indivisas, aunque se concreten en períodos de tiempo fijamente delimitados, BADOSA considera preciso

---

(70) *Vid. ob. cit*, págs. 37-40. El autor analiza también la problemática suscitada por la existencia de turnos *disponibles o vacantes*, es decir, no vendidos todavía por el promotor. La titularidad de los mismos —afirma— corresponde a éste, que concurrirá, por tanto, con los multipropietarios en la propiedad del inmueble, articulándose tal concurrencia mediante el tradicional mecanismo de la cuota. El promotor tendrá una sola —porque es un solo titular—, equivalente a la cuantía de los turnos no vendidos. La naturaleza jurídica de esta cuota difiere, sin embargo, de las cuotas de los multipropietarios, puesto que se trata de una cuota en régimen de copropiedad ordinaria, que no tiene adscrito turno alguno, siendo las otras, en cambio, cuotas adaptadas al régimen de multipropiedad, que llevarán, por tanto, adscritos turnos singulares Tal dualidad de regímenes referidos a cuotas de una misma copropiedad *pro indiviso* encuentra amplia apoyatura legal en los artículos 1.354 del Código Civil y 54.2, 91 3 y 95.5 del Reglamento Hipotecario.

La razón de dicha dualidad coincide con la que se da en materia de propiedad horizontal: es la venta del turno —como la del piso o local separado— la que determina la eficacia del régimen de multipropiedad —o de propiedad horizontal—. De modo que mientras quede algún turno por vender regirá sobre el inmueble un doble régimen: el de copropiedad ordinaria, representado por la cuota única del promotor, y el de multipropiedad, representado por, al menos, una de las cuotas vendidas. A medida que se produzcan las ventas de los turnos, aparecerán nuevas cuotas en multipropiedad, pero permanecerá la cuota en copropiedad ordinaria de la promotora, aunque cada vez con un menor porcentaje de participación La venta del último turno marcará la extinción de la copropiedad ordinaria y el inicio del régimen inmobiliario único sobre el local (*vid. ob. cit.*, pág. 41).

(71) Es el argumento utilizado por ROCA GUILLAMÓN. *ob. cit.*, pág. 301; O'CALLAGHAN, cit., pág. 43, y LEZZA, en VV.AA., *Multipropietà. Confronto...*, cit., pág. 117, cuyos planteamientos analizo con detalle más adelante (cfr. *infra*, págs. 81 y sigs.).

(72) Así, PAU, «Configuración...», cit., pág. 18.

distinguir dos cuestiones diferentes: por un lado, la participación en la cotitularidad del derecho de propiedad y, por otro, el modo de organizar la percepción de la utilidad de la cosa. En la cotitularidad *pro indiviso*, la cuota se refiere al primer punto: es la expresión de la participación exclusiva que tiene cada sujeto en la cotitularidad del derecho (art. 399 del Código Civil). En cuanto a la organización de la percepción de la utilidad, la función de la cuota es la de servir de divisor (art. 393) para distribuir las magnitudes divisibles generadas por la cosa, tanto el activo (frutos, art. 490 del Código), como el pasivo (gastos, art. 395). En cambio, y como regla de principio, no sirve como divisor cuando las utilidades de la cosa son indivisibles; así, en el uso de la misma, que es conjunto y simultáneo por todos los comuneros, con los únicos límites establecidos por los artículos 394 y 1.695.2 del Código Civil.

Tras este planteamiento, el profesor BADOSA demuestra, tomando datos de nuestro Derecho positivo, que este sistema de organización del uso, que cabría denominar *indiviso* o *conjunto* puede faltar, y ser sustituido por otros *divididos* o *exclusivos,* sin que por ello desaparezca el concepto de cuota como parte indivisa del derecho.

Así, señala en primer lugar que *el criterio espacial de distribución del uso* entre los comuneros viene expresamente contemplado por la legislación hipotecaria, en los artículos 54.3 y 68.1 del Reglamento, y que ambos preceptos consideran que tal delimitación espacial es compatible con la subsistencia de cuotas o partes indivisas (73). Esta compatibilidad demuestra —a su juicio— que el único límite que existe para la noción de cuota es la división material del objeto (arts. 399 *in fine,* 450 y 490 *in fine,* del Código Civil).

También la legislación hipotecaria considera que *el turno o criterio de delimitación temporal en exclusiva del uso* —que se prevé «para los aprovechamientos colectivos de aguas públicas» en favor de «una comunidad

(73) El artículo 54 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo primero, establece que «las inscripciones de *partes indivisas* de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente»; y el párrafo tercero especifica que «no se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciere solamente con referencia a unidades... de medida superficial...». El 68.1 —quizá más claro a los efectos perseguidos por BADOSA— se refiere a «la inscripción de transmisión de cuota indivisa de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículo, que lleve adscrito el uso de una o más plazas determinadas»; cabe la posibilidad, además, de elevar esta cuota a finca registral independiente potestativa, puesto que la citada inscripción «podrá practicarse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota» Pero «ni siquiera esta individualización registral de la cuota elimina su carácter de parte indivisa y, por tanto, tampoco la comunidad» (*ob. cit.*, pág. 33).

de regantes»— es asimismo compatible con los conceptos de cuota y de comunidad (74).

Entiende BADOSA que las conclusiones extraídas del Reglamento Hipotecario son perfectamente extrapolables a comunidades que recaigan sobre otros objetos, cuando su uso se organice por turnos. Hay que tener en cuenta, con todo, que siendo el turno un criterio de disfrute intermitente, la única manera de que pueda fundamentarse sobre él una cuota indivisa consiste en otorgar al mismo estabilidad o permanencia: la periodicidad es, por tanto, el factor que mantiene la cuota en los períodos en los que los comuneros no usan el objeto.

Cabe concluir, en consecuencia, que dado que el concepto de turno resulte compatible con los de cuota o parte indivisa y comunidad, la multipropiedad —que no es otra cosa que la aplicación del turno al uso de un local habitable— será una modalidad de la copropiedad *pro indiviso* del artículo 392 del Código Civil (75).

4. Pero sin duda el principal obstáculo con el que choca la configuración como copropiedad de la figura estudiada, radica en la facultad que el artículo 400 de nuestro Código Civil atribuye a cada comunero de «pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común» (76), facultad cuya exclusión por pacto se encuentra limitada a un tope máximo de diez años, o de su prórroga por nueva convención (art. 400.2). Este sistema, con variaciones en cuanto al plazo de vigencia del pacto de indivisión, rige también en numerosos ordenamientos extranjeros (77).

---

(74) Pues el artículo 6 del Reglamento Hipotecario establece que la inscripción de estos aprovechamientos se harán constar «las tandas, turnos u horas en que se divida la comunidad», considerándose también «los derechos o cuotas de los distintos partícipes».

(75) *Vid.* BADOSA, *ob. cit.*, págs. 32-35. También PAU critica la afirmación de ROCA GUILLAMÓN en cuanto a la inexistencia en la multipropiedad de cuotas ideales sobre el inmueble Pero se limita a subrayar que «si hay comunidad debe haber cuotas que determinen la medida del derecho de cada comunero en la cosa común» («La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 44, nota 96), y es precisamente la existencia de comunidad lo que niega ROCA

(76) Afirma BADOSA que «la amenaza de la *actio communi dividundo* constituye el gran obstáculo para la viabilidad y la difusión de la figura de la multipropiedad como una modalidad de la copropiedad *pro indiviso*» (*ob. cit.*, págs. 36-37).

(77) El artículo 1.111 del *Código*, tras declarar que «cada uno de los partícipes puede siempre pedir la disolución de la comunidad», añade que es válido «el pacto de permanecer en comunidad por un plazo no superiór a diez años». Según el artículo 1.783-3 del *Code*, cabe estipular el mencionado pacto «por una duración determinada que no podrá ser superior a cinco años, renovable por decisión expresa de las partes»; cabe también celebrar un pacto de duración indeterminada, en cuyo caso la división «puede ser provocada en todo momento, con tal de que no sea de mala fe o inoportunamente» El *BGB* se limita a prever la posibilidad de excluir el derecho a pedir la división «mediante pacto por tiempo determinado o indeterminado». Y el Código argentino, finalmente, permite a los condóminos —en su artículo 2.692— «convenir en la

Ahora bien, si como consecuencia de tal facultad el derecho de los multipropietarios puede ser de duración limitada, la fórmula pierde —¿qué duda cabe?— buena parte de su atractivo comercial, quedando incluso desnaturalizada y sin función económico-social y práctica, pues es evidente que la multipropiedad requiere la garantía de una duración de tiempo considerable (78): ¿Quién adquiriría una vivienda en régimen de multipropiedad —se pregunta O'CALLAGHAN—, al albur de que cualquier otro multipropietario pidiera la división y consiguiente extinción del régimen? (79). En último caso, y como mal menor, la única posibilidad que tendrían los multipropietarios de impedir que uno de ellos —queriendo liquidar su cuota y no encontrando comprador en el mercado— provocara la disolución de la comunidad, consistiría en adquirir ellos mismos pro-cuota su período, lo que implicaría lógicamente un desembolso económico imprevisto y, en muchos casos, no deseado (80). La pretendida imposibilidad jurídica de crear comunidades perpetuas es, en definitiva, argumento fundamental para excluir el encuadramiento de la multipropiedad en la comunidad.

Ante tal situación, los partidarios de esta tesis han señalado cinco posibles vías para excluir el ejercicio de la *actio communi dividundo* en la figura estudiada.

4.1. Así, y en primer lugar, entienden algunos autores que resulta de aplicación a estas hipótesis lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

Comienza diciendo este precepto que «la acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley», refiriéndose con ello a la imposibilidad de poner fin al régimen de copropiedad sobre los elementos y servicios comunes, característico de la propiedad horizontal.

El segundo inciso añade que dicha acción «sólo podrá ejercitarse por cada propietario *pro indiviso* sobre un piso o local determinado, circunscrito al mismo». No se está aludiendo aquí al régimen de propiedad horizontal *strictu sensu*, sino a las situaciones de comunidad o copropiedad ordinarias existentes sobre determinado piso o local situado en un edificio sometido a tal régimen, por lo que el ejercicio de la acción de división no presentará peculiaridad alguna.

Finalmente —y aquí radica el punto de mayor interés—, este artícu-

---

suspensión de la indivisión por un término que no exceda de cinco años, y renovar este convenio todas las veces que lo estimen conveniente».

(78) En este sentido, BADOSA, *ob. cit.*, pág. 37.

(79) *Promoción...*, cit., pág 43. *Vid.* también ROCA GUILLAMÓN, quien afirma que la propaganda suele ofrecer la adquisición de un período de tiempo «para toda la vida».

(80) En este sentido, TASSONI «Multipropietà», *RDC*, 1988, 4, pág. 492.

lo 4.º *in fine* excluye tal ejercicio cuando la situación de proindivisión sobre un piso o local «haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios». Sobre esta disposición —como se sabe— fundamenta la doctrina el concepto de *elemento o departamento procomunal:* un piso o local, teóricamente objeto de propiedad privativa, pero en el caso colocado al servicio o utilidad de todos como elemento común, no por naturaleza sino por destino.

Pues bien, una interpretación estricta de este precepto consiste en entender que cuando el mismo habla de «todos los propietarios» se está refiriendo a los de los diversos pisos y locales que integran el edificio, es decir, al conjunto de miembros de la comunidad en régimen de propiedad horizontal (81). En esta línea, sólo entendiendo que la proindivisión de un apartamento sujeto al régimen de multipropiedad ha sido concebido en servicio o utilidad de los propietarios —que a su vez pueden ser también multipropietarios— de los demás pisos y locales del edificio o urbanización, cabría excluir la posibilidad de ejercicio de la acción de división sobre dicho apartamento (82). Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de que los multipropietarios del mismo fueran los propietarios de los demás pisos y locales, pues coincidiría así el interés de «todos los propietarios» de que trata el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, con el de los condóminos multipropietarios a la indivisión permanente; lo cual —se ha dicho— «no deja de ser un supuesto especial y una interpretación forzada del precepto, orientado a la protección de otro tipo de intereses» (83).

La norma estudiada ha sido objeto, empero, de una interpretación más amplia, en cuya virtud cualquier elemento o dependencia de un edificio que no sea elemento común esencial por naturaleza, puede constituirse en proindivisión perpetua (84). De este modo, la indivisión en interés de los propietarios, de que habla el artículo 4.º de la Ley, podría referirse sólo al de los que lo sean del apartamento en régimen de multipropiedad, y no al de la generalidad de los del edificio (85). Ahora bien, esta interpretación

---

(81) Interpretación mantenida, entre otros, por LUCAS FERNÁNDEZ, POVEDA DÍAZ, DIÉZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS

(82) En este sentido, ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, pág. 305

(83) DE LA CUESTA SÁENZ «Introducción de Derecho español», a CALO y CORDA, *ob. cit.*, pág. XVIII.

(84) Interpretación propuesta por DE LA CÁMARA. «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», en VV.AA., *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas,* Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973, págs. 48-51.

(85) Tal como propugnan SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO «La propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores,* octubre 1975, págs. 820-821, cuya postura secunda LEYVA, *ob. cit* , págs. 90-91.

—que puede conducir a configurar como elementos procomunales todos los pisos y locales del inmueble— no parece ni siquiera conforme con la literalidad del artículo analizado, pues éste comienza excluyendo la acción de división «para hacer cesar *la situación que regula esta Ley*», lo que parece excluir la aplicabilidad del resto del precepto a comunidades que, aun insertas en el marco general de la propiedad horizontal, no se hayan establecido en interés de *todos* los propietarios (86). Por otro lado, y en consecuencia, la interpretación reseñada en primer lugar —cuyos resultados en cuanto a la acción de división en materia de multipropiedad he apuntado ya— es la que sin duda cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina.

En cualquier caso, el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal no resultaría aplicable, lógicamente, a los supuestos en los que el objeto de la multipropiedad fuera una vivienda unifamiliar, no integrada, por tanto en el régimen que regula dicha Ley.

Así pues, ante los inconvenientes que ofrece esta hipotética solución, se buscan otras más sólidas, apoyadas en los artículos 400.2 y 401.1 del Código Civil.

4.2. La, a mi juicio, más rudimentaria, consiste simplemente en acudir al pacto de indivisión que, con una duración máxima de diez años, permite el segundo párrafo del artículo 400. En la práctica tal pacto vendría impuesto por el vendedor como cláusula estatutaria aceptada por los sucesivos compradores (87). O, caso de tratarse de un supuesto de conversión de copropiedad ordinaria en multipropiedad, requeriría el acuerdo unánime, pues es sabido que —según ha declarado la jurisprudencia— el pacto celebrado por mayoría no vincula a los disidentes, que siempre tendrían el derecho a pedir la disolución.

Ahora bien, resulta evidente que el problema se plantearía a la expiración del plazo inicialmente señalado. Considera la doctrina, mayoritariamente, que la posibilidad de prórroga «por nueva convención» a que se refiere el artículo 400.2 *in fine*, debe entenderse en el sentido de admitir prórrogas sucesivas, siempre que cada una de ellas no supere el límite máximo de diez años (88). Ahora bien, la dificultad radica en conseguir al fin de cada una el acuerdo unánime de un número de comuneros que puede llegar a ser —si los turnos se han establecido por semanas— de

(86) Así lo pone de manifiesto DE LA CUESTA SÁENZ *loc. cit.*, pág. XVIII. También se muestra contrario a esta tesis PAU, «Configuración...», cit., págs. 19.

(87) En este sentido, ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, págs. 306, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 82.

(88) Esta es la opinión, por citar sólo algunos significativos autores, LACRUZ, ALBALADEJO, DÍEZ PICAZO y MIQUEL

cincuenta y dos; caso de negarse uno solo de ellos, podría éste pedir en cualquier momento la disolución de la comunidad (89). Con el fin de evitar dicho inconveniente se ha propuesto que la aceptación del pacto de indivisión implique —y así se haga constar en los estatutos— la prorrogabilidad sucesiva del mismo (90).

4.3. Una segunda tesis consiste en negar que el pacto de indivisión se encuentre sometido, en la multipropiedad, al límite máximo de diez años. Para llegar a tal conclusión se valora la *ratio* de tal límite en relación con la finalidad perseguida por los multipropietarios, para terminar afirmando que la multipropiedad queda fuera de dicha *ratio.*

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que el fundamento del artículo 400 del Código Civil —en sus dos párrafos— radica en la animadversión del legislador hacia la comunidad, considerada como una situación antieconómica, y como fuente permanente de conflictos *(mater discordiarum).* Ahora bien, sin negar valor general a tales acusaciones, se ha puesto de manifiesto que *en ocasiones* la comunidad favorece los intereses económicos de los condueños mejor incluso que la propiedad individual.

Así, ya el Notario PELAYO HORÉ afirma, en un trabajo publicado en 1942 (91), que la aplicación de los principios del artículo 400 del Código Civil a ciertos supuestos de comunidad habría de acarrear «disparatadas consecuencias», refiriéndose concretamente a las hipótesis de calles y caminos comunes, aguas, casas por pisos —recuérdese que no existía todavía la Ley de Propiedad Horizontal—, medianería y propiedad de peatones y papeles de familia. Ello le lleva a mantener la existencia de una figura equidistante de la comunidad típica y de la sociedad civil, a la que denomina *comunidad social,* que siendo en esencia un caso de comunidad, disfruta sin embargo de la estabilidad y permanencia de la sociedad. Dicha figura se caracteriza, fundamentalmente, por su origen contractual y su finalidad colectiva, pues no persigue una suma de fines individuales, sino un único objetivo, común a todos, que sólo con el mantenimiento de la comunidad puede lograrse. Una tercera nota, presente siempre en tales supuestos, es la de la accesoridad: se trata de titularidades *ob rem,* ya que la participación en el bien común deriva del dominio exclusivo de otra cosa. Pues bien, por todo lo dicho resulta evidente que mientras en la mayoría de las comunidades «la indivisión es funesta», en la que este autor describe «lo funesto es la división» (92).

---

(89) ROCA GUILLAMÓN rechaza por este motivo la solución analizada (*vid. ob. cit.*, págs. 306-307).

(90) Así, MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 82-83

(91) «La indivisión perpetua en el Código Civil», *RDP*, 1942, págs. 458-463.

(92) *Ob. cit.*, pág. 463.

Mucho más reciente, pero en la misma línea, MIQUEL GONZÁLEZ ha tratado de demostrar que, en contra de una creencia que es sólo un tópico o lugar común, el Código no incorpora a su repertorio de valores una repulsa de la comunidad, sino que se limita a tomar en cuenta unos datos según los cuales dicha situación resulta *generalmente* indeseable, proveyendo, por ello, en el artículo 400, el remedio oportuno. El carácter normalmente nocivo de la comunidad no es más que una *presuposición* de la que el Código parte cuando establece la acción de división: de ahí que el artículo 400 únicamente sea imperativo en la medida en que lo presupuesto coincida con la realidad, es decir,en la medida en que la comunidad sea una situación desventajosa y los condueños precisen por tanto de la acción de división.

Como prueba de que no existe un criterio legislativo contrario a toda comunidad; y de que se admiten en cambio situaciones estables, menciona, entre otros posibles, los supuestos de los artículos 401 del Código Civil —del que mantiene una interpretación evolutiva que luego expondré—, 396.2 del mismo y 4.1 de la Ley de 21 de julio de 1960, referentes estos dos últimos a la copropiedad sobre los elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal (93). Y pone de manifiesto además, siguiendo a FRAGALLI, lo incoherente que resulta admitir que muestre disfavor por la comunidad un ordenamiento que la utiliza frecuentemente, y que incluso la presume en ciertos casos dudosos, como sucede con respecto a la medianería (arts. 572 y 574 del Código Civil) y a los bienes de los cónyuges en la sociedad de gananciales (art. 1.361).

Hay que aceptar, consecuentemente, que existen comunidades desventajosas, para las cuales está pensando el artículo 400 del Código Civil, y comunidades ventajosas, que escapan a la *ratio* de dicho precepto. Esta no tiene su origen en el hecho de que el mantenimiento de la comunidad resulte perjudicial *en sí mismo,* sino más bien en la necesidad de que los bienes circulen con la mayor libertad, libertad que el pacto de indivisión restringe. Efectivamente, en el caso de una comunidad indeseable le será muy difícil al condueño que quiera obtener el valor de su parte en la comunidad, enajenar su cuota, pues nadie deseará adquirirla o, de hacerlo, será a muy bajo precio. Y si en estos casos existe pacto de indivisión, necesitará el consentimiento de todos para obtener la enajenación de la cosa y el reparto del precio, necesidad que evidentemente limita la facilidad

(93) PAU alude, además, a las comunidades de aguas, los montes vecinales en mano común y diversos supuestos de comunidades indivisibles previstas en las Compilaciones forales, tales como las pertenencias comunes, corralizas y comunidad en mano común o comunidad facera del Derecho navarro, y el *muiño de heredeiros* o el torna a torna del Derecho gallego (*vid.* «Configuración...», cit., pág. 20).

de circulación del bien. Cuando en la realidad social, en cambio, se ha desarrollado una comunidad que no es indeseable, sino todo lo contrario, los partícipes en ella obtendrán fácilmente la negociación de sus partes indivisas, incluso con mayor facilidad que la de la cosa en su conjunto por todos.

Ahora bien, en el caso de la multipropiedad, suponiendo que la misma alcance aceptación social y que las participaciones en ella obtengan una demanda suficiente, parece claro que la acción de división carecerá de sentido, al ser más fácil negociar la parte que negociar el todo; el multipropietario no necesita de dicha acción —que conduciría a la venta del apartamento— porque puede obtener más mediante la enajenación de su cuota que mediante el reparto del precio de aquél: ni la comunidad frustra en tal caso el valor de la parte, sino que, por contra, la aumenta, ni la indivisión limita la libertad de circulación del bien.

La figura estudiada puede, por tanto, configurarse como una comunidad sin acción de división —en realidad con pacto de no pedir la división por tiempo indefinido—, al estar fuera de la *ratio* del límite temporal que para dicho pacto establece el artículo 400 del Código Civil (94).

La tesis de MIQUEL es respaldada por otros autores (95), algunos de los cuales recurren también, para fundamentar el carácter indivisible de la multipropiedad, a lo dispuesto en el artículo 401.1 del Código Civil (96).

4.4. Dicha disposición constituye, efectivamente, la tercera de las vías utilizadas por la doctrina para resolver la cuestión. Conviene recordar que a tenor de la misma, «los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina». Claro que para solucionar con esta norma el problema estudiado, es necesario superar la *interpretación tradicional que de la misma se ha venido haciendo*, y que la vincula con lo dispuesto en el artículo 404 del Código, en cuya virtud «cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y rapartirá su precio».

La tesis clásica considera que un recto entendimiento del artículo 401 conduce a incluir dentro del concepto de «inservible para el uso a que se destina», a las cosas «esencialmente indivisibles», es decir, aquellas que lo son objetivamente o por naturaleza, de las que precisamente se ocupa el

---

(94) La tesis recogida en el texto la expone MIQUEL en VV AA, *Comentarios...*, cit., págs. 50-52, y «Algunos problemas...», págs. 42-51.

(95) Así, PAU «Configuración...» cit., pág. 20; COCA PAYERAS, *ob. cit.*, pág. 18, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 71-74; y MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, págs. 77-79.

(96) Concretamente, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO y MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ibidem*.

artículo 404. De modo que, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, el 401 no establece una verdadera excepción a la facultad de pedir la división, sino que simplemente prevé un procedimiento de *disolución de la comunidad* sustitutivo de la partición de la cosa; es la denominada *división jurídica o económica,* que se contrapone a la *división material o física* (97).

En contra de esta postura, se mantiene por otros autores que ambos preceptos contemplan hipótesis opuestas y dan soluciones distintas: el 401 se refiere a cosas, divisibles o no, que al disolverse la comunidad se hacen inservibles para el uso hasta entonces asignado; el 404 alude a comunidades que recaen sobre cosas físicamente indivisibles, pero cuyo rendimiento económico no se altera por el hecho de la disolución de la comunidad. Y mientras en el primer supuesto no cabe ejercitar la *actio communi dividundo* —no es posible ni la división material ni la económica—, en el segundo debe permitirse siempre tal ejercicio. Como se ha dicho gráficamente, «los artículos 400 y 401.1 tratan del *si,* mientras que el artículo 404 trata del *cómo*» ha de llevarse a cabo la acción de división (98).

Ahora bien, para, en aplicación de esta teoría, poder excluir el ejercicio de dicha acción en la multipropiedad (99), es preciso salvar aún un escollo más, constituido por el ámbito de aplicación que tradicionalmente se ha venido atribuyendo al primer párrafo del artículo 401.1: *se trata de determinar cuáles son esas cosas que, disuelta la comunidad, dejan de servir para el uso al que estaban destinadas.* A estos efectos hay que advertir que el citado artículo procede del 683 del Código italiano de 1865, equivalente al 1.112 del *Codice* vigente, el cual, bajo la rúbrica «cosas no sujetas a división», proclama que «disolución de la comunidad no puede ser solicitada cuando se trata de cosas que, divididas, cesarían de servir al uso al que están destinadas». Se entiende por ello que el ámbito de aplicación de

---

(97) *Vid.* en este sentido, entre otros: SÁNCHEZ ROMÁN *Estudios de Derecho civil,* III, Madrid, 1900, pág. 185; MANRESA *Comentarios al Código Civil español,* III, 7.ª ed., Madrid, 1952, págs. 654-655, BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 343 y sigs., ALBALADEJO *Derecho civil,* III, 2, Barcelona, 1980, pág. 407; PUIG BRUTAU *Fundamentos de Derecho civil,* III, 1, Barcelona, 1978, págs. 43-44; ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, pág. 303; POVEDA DÍAZ *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal,* Madrid, 1983, págs. 21 y sigs.

(98) MIQUEL, en VV.AA., *Comentarios. .,* cit., pág 471 La tesis expuesta es mantenida además por: CASADO PALLARES· «La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos y habitaciones», en *RDP,* 1930, págs. 132 y sigs., PELAYO HORE, *ob. cit* , págs. 462 y sigs.; DE LA CÁMARA «Insuficiencia normativa. .», cit, pág. 68, y BRIOSO ESCOBAR «Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división», *RDN,* 1980, págs. 84 y sigs.

(99) Posibilidad que algunos niegan por considerar que la interpretación correcta de los artículos 401 y 404 es la clásica o tradicional. Así, ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit* , pág. 303, y PAU, «Configuración.: », cit, pág. 19.

nuestro 401 ha de ser el mismo que doctrina y jurisprudencia italiana atribuyen al que le ha servido de modelo (100), ámbito que queda reducido a dos hipótesis muy concretas:

— La hipótesis, en primer lugar, de que el bien común sólo resulte útil para los comuneros, de modo que en manos de otras personas no tendría ya valor. Como ejemplo se suele utilizar el de una colección de documentos familiares.
— El segundo supuesto tiene lugar en el caso de que el bien común no sea útil *en sí mismo*, sino que cuanto *pertenecía o accesorio de otras cosas de los comuneros*, como, por ejemplo, las porciones de terreno que los condóminos destinan a camino de acceso a los fundos de su propiedad, o los pozos, abrevaderos, etc., pertenecientes a los propietarios de varios predios que los utilizan para satisfacer las necesidades de éstos.

Consecuentemente, la facultad de pedir la cesación del estado de indivisión no debe considerarse excluida siempre que la disolución de la comunidad comprometa el destino *subjetivamente* atribuido por las partes al bien común, sino sólo y exclusivamente en el caso de que éste resulte *objetivamente* destinado a pertenencia o accesorio de otros bienes de propiedad individual de los cotitulares (101). Si la cosa común es en cambio autónoma, y fuente de goce en sí misma, aunque indivisible, puede ser vendida sin que ello implique cesación del uso al que estaba destinada (102).

Aplicando esta doctrina al caso del artículo 401.1 de nuestro Código se afirma que la justificación de la indivisión permanente prevista en el mismo «consiste precisamente en que la cosa común está destinada al servicio de otras propias de los comuneros, cuyo aprovechamiento y valor, en cambio, potencia, participando en el tráfico a través de la circulación de las cosas a las que sirve» (103).

Pues bien, analizando desde esta óptica el fenómeno de la multipropiedad, se ha dicho que los mencionados requisitos no pueden predicarse del objeto de la misma, ya que éste, en su calidad de vivienda, desempeña una función autónoma, y no una función accesoria de pertenencia o de servicio

---

(100) En este sentido, MIQUEL, en VV.AA., *Comentarios.* ., cit., pág. 474

(101) *Vid* SANGIORGI *Multipropietà.* ., cit., págs. 27-28, nota 56, y GRANELLI, en VV.AA , *Multipropietà. Confronto...*, cit, pág. 96, quienes recogen las opiniones al respecto de BRANCA, DOSSETTO y FEDELE

(102) Así, BRANCA: *Comunione e condominio negli edifici*, 6.ª ed , en VV.AA , *Commentario del codice civile* a cargo de SCIALOJA y BRANCA, Bolonia, 1982, pág. 286.

(103) MIQUEL, en VV.AA., *Comentarios.* ., cit. , pág. 479.

para todos los cotitulares, debiendo satisfacer el interés principal de cada uno de ellos a utilizar el bien para sus vacaciones (104).

Frente a esta interpretación restrictiva, entiende otro sector doctrinal que el artículo 1.112 del *Códice* se presta a ser adaptado a las *exigencias funcionales* de la cosa común, incluso con relación a nuevas formas de comunidad que se han ido introduciendo en la práctica para satisfacer nuevas necesidades: cabe así interpretar dicha norma en el sentido de que excluye la disolución siempre que la misma comprometa el *destino o función económica para cuya realización se haya constituido la comunidad.* Entendido con este espíritu, el precepto analizado resultaría aplicable a la multipropiedad, ya que la misma se constituye precisamente para distribuir en el tiempo el derecho a gozar del apartamento: es esta función económica —que no podría cumplirse, lógicamente, caso de desaparecer la comunidad— la que justifica la indivisibilidad (105).

También algunos autores españoles se orientan en esta dirección. Así, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO recoge, al respecto, la opinión de BRIOSO, en el sentido de que el vocablo «uso» del artículo 401, no comprende únicamente un destino objetivo, o de empleo o utilización de la cosa, sino a la vez una destinación subjetiva, un uso en pro de dos o más sujetos titulares de la misma (106). LEYVA considera que en la multipropiedad, la disolución resulta incompatible con la finalidad de disfrute que motiva la constitución de la comunidad (107), y MARTÍNEZ-PIÑEIRO

---

(104) Así, CASELLI *La multiproprietà..* , cit., pág. 67

(105) En este sentido, DE CUPIS, *ob. cit.*, pág. 1027, y SANTORO-PASARELLI, *ob. cit.*, pág. 25. *Vid* también en VV.AA., *Multiproprietà. Confronto...*, cit., en cuya página 96 GRANELLI recoge, aunque no comparte, las opiniones favorables de DANUSSO, ALPA, CONSTANTINO, TOZZI y HARZOCCHI Entre los autores que rebaten esta tesis destaca la postura de SANGIORGI, quien afirma que si la destinación a que se refiere el artículo 1.112 del *Códice* «pudiera referirse al bien común, exclusivamente considerado en sí mismo, es decir, si la imposibilidad de disolución dependiera de un acuerdo sobre el modo de utilizar el bien, se estaría atribuyendo a la voluntad de las partes precisamente aquella eficacia que se encuentra vetada por el artículo 1.111 (que limita a diez años la duración del pacto de indivisión). Esta destinación acordada no sería sino un modo de exteriorizar la voluntad de permanecer en común». «La destinación del bien —sigue diciendo— no debe entenderse, por tanto, como determinación del modo de goce establecida por los comuneros, que si es inmodificable salvo con el consenso de todos los participantes..., equivale a un acuerdo de no realizar la disolución...» (*Multiproprietà...*, cit., pág. 28). En general, los autores italianos contrarios a la tesis expuesta en el texto «se quejan» de que la aparición de la multipropiedad ha supuesto el abandono de la interpretación restrictiva que tanto la doctrina como la jurisprudencia venían haciendo, desde siempre, del artículo 1.112 Se trata, en definitiva, de aplicar, con respecto a un bien que «conviene» mantener indiviso, reglas elaboradas y aplicadas hasta ahora de modo diferente (*Vid.* CASELLI, *La multiproprietà...*, cit. , págs. 64, 66 y 68; CALO, en VV.AA., *Multiproprietà. Confronto...*, cit., pág. 37, y CAPARRELLI, *ibídem*, pág. 124).

(106) *Vid. ob. cit.*, págs. 88 y 91.

(107) *Vid. ob. cit.*, pág. 88. Afirma este autor que «los distintos derechos de los

manifiesta no comprender la interpretación restrictiva, que no viene impuesta por la letra del artículo 401.1, pues éste alude simplemente al «uso al que se ha destinado» la cosa; ahora bien, no cabe duda de que el acto de destinación lo llevan siempre a cabo una o varias personas —el promotor de la multipropiedad o los cotitulares que convierten su copropiedad ordinaria en multipropiedad—, por lo que en este sentido el destino es siempre subjetivo: el fin a que se circunscribe la cosa es su destino, bastando con que se trate de un fin lícito y perdurable, y no de un mero capricho de los interesados, pues de otro modo quedaría sin efectividad lo dispuesto en el artículo 400 del Código Civil (108).

MIQUEL, en cambio, considera dudosa la posibilidad de que el artículo 401.1 se entienda en el sentido indicado, pues mientras los antecedentes del mismo hablan en contra, una interpretación literal y evolutiva estaría a favor (109). Señala, sin embargo, que desde el punto de vista de la jurisprudencia cautelar, no parece desacertada la práctica de pactar la indivisión acogiéndose a la circunstancia de que se trata de una comunidad forzosa por su función, conforme al artículo 401.

En cualquier caso, si se admite por la jurisprudencia la mencionada interpretación, la multipropiedad encajaría dentro de dicho precepto, y sería, *sin necesidad de ningún tipo de pacto o cláusula,* una comunidad estable (110).

Recuérdese, por último, que la ya aludida Resolución de la DGRN, de 18 de mayo de 1983, admite expresamente la posibilidad de configurar una «comunidad especial y atípica», que presenta, como característica

---

multipropietarios forman una unidad orgánica vinculada a la realización de un fin determinado». Por ello, la multipropiedad «puede considerarse como un ejemplo de lo que llama BARASSI *comunidad de fin (comunione di scopo).* El fin se inserta en el negocio de tal modo que delimita el comportamiento de los multipropietarios« *(ibídem).*

(108) *Vid. ob. cit.*, pág. 81.

(109) *Vid.* «Algunos problemas...», cit , págs. 46-47. Por ello este autor sólo recurre al artículo 401.1, en materia de multipropiedad, para demostrar —según hemos visto— que nuestro Código no se opone a la existencia de comunidades estables.

(110) Esta es la opinión, que comparto, de MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO *(vid. ob. cit.*, pág. 91). En cambio, MARTÍNEZ PIÑEIRO apoya en el artículo 401.1 la posibilidad de admitir el pacto de indivisión sin límite de tiempo (*vid. ob. cit.*, pág. 81), pacto que realmente no parece necesario en una comunidad que sería *funcionalmente* indivisible. En los estatutos presentados por PAU y LORA TAMAYO se basa el carácter indivisible de la multipropiedad, respectivamente, en el hecho de «ser la presente una comunidad de fin», en la que «el ejercicio de la acción de división para hacer cesar el *pro indiviso* sobre cada departamento» lo «haría inútil para el uso a que se destina» (PAU, «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 61), y en «la especial regulación y finalidad de esta comunidad» (LORA TAMAYO, loc. cit., pág. 808) Se sigue, pues, la tercera de las vías apuntadas en el texto, por lo que no sería *estrictamente* necesario, como he dicho, la exclusión expresa de la acción de división

fundamental, la de la *permanencia;* para justificar tal peculiaridad, afirma que «en la comunidad funcional pactada por la voluntad de quien o quienes la crean, existe un destino común que constituye la finalidad del logro a que tiende, y en tanto subsista esta situación objetiva no cabe el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los copartícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida» (considerando 8).

Esta Resolución —cuyas consideraciones resultan de indudable aplicación a la multipropiedad— parece, pues, mantenerse dentro de la línea interpretativa que estoy analizando, pues es el «destino común que constituye la finalidad» de la comunidad lo que excluye la divisibilidad (111).

4.5. Una última solución viene proporcionada por BADOSA desde la perspectiva con la que —según sabemos (112)— enfoca el fenómeno de la multipropiedad, es decir, la consideración de la misma como un régimen jurídico inmobiliario. Tal enfoque conduce a excluir la aplicación del artículo 400.1 del Código Civil porque la extinción de la multipropiedad no será ya, simplemente, el paso de una situación de cotitularidad a otra de titularidad exclusiva, sobre un local, sino que tendrá mucha mayor trascendencia, pues significará *el cambio de una cualidad jurídica real representada por el destino económico de la cosa.* Siendo, pues, un acto de disposición dirigido a extinguir *el régimen* de multipropiedad, requerirá, al igual que el acto de constitución del mismo, la plena legitimación que sólo el derecho de propiedad otorga. De modo que, existiendo una pluralidad de propietarios, dicha legitimación ha de resultar necesariamente del *acuerdo unánime* de los mismos.

Los argumentos legales en apoyo de esta tesis se encuentran en el artículo 597 del Código Civil, que exige el consentimiento de todos los copropietarios para la constitución de una servidumbre sobre una finca indivisa; también, analógicamente, en el 217 del Reglamento Hipotecario, que al contemplar la imposición de una sola hipoteca sobre varias cuotas unitariamente consideradas, autoriza implícitamente la hipoteca sobre la finca en sí, caso de que lo consientan todos los cotitulares; igualmente

---

(111) Sucede, sin embargo, que la Dirección General recurre como apoyo normativo de su Resolución —según sabemos— a la Ley 371 de la Compilación navarra, equivalente al artículo 392 2 del Código Civil, recurso que algunos autores consideran inadecuado, dado el carácter imperativo que atribuyen al artículo 400 del Código Civil, cuya aplicación no podría ser excluida, *sin más,* por la voluntad de los interesados. Así, tanto PAU («La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 46) como MIQUEL (en VV AA , *Comentarios...,* págs 479-480) y MARTÍNEZ PIÑEIRO (*ob cit.*, pág. 82), critican en este punto la mencionada Resolución.

(112) Cfr *supra*, págs 33 y sigs.

cabe aplicar por analogía lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que excluye la acción de división para extinguir dicho régimen (113).

5. De menor entidad y más fácil solución parece ser el obstáculo constituido —en opinión de algunos— por el retracto de comuneros previsto en el artículo 1.522 del Código Civil, retracto que, a tenor de lo dispuestò en el artículo 37.3.º de la Ley Hipotecaria, produce efectos contra terceros aunque no se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad.

Se ha dicho al respecto que la finalidad económico-social perseguida por la multipropiedad, es decir, la de obtener un instrumento de agilización del mercado inmobiliario, no puede lograrse a través de la concentración de la propiedad que el retracto fomenta, sino precisamente mediante una diversificación lo más amplia posible de la misma, como medio de aumentar el número de potenciales adquirentes al reducir sustancialmente los costes de adquisición. Si a ello se añade la circunstancia de que en muchas ocasiones los multipropietarios son ciudadanos de diferentes países, se comprende la problemática que la existencia del retracto puede suscitar (114).

Desde este punto de vista, la multipropiedad-comunidad vuelve a chocar con una regulación legal que, por responder a una concepción diversa de las situaciones comunitarias que demandan con frecuencia las necesidades actuales, se muestra inadecuada en algunos aspectos.

Ahora bien, *la posibilidad de excluir el retracto legal en esta figura* se acepta sin problemas por la doctrina que se ha ocupado de dicha cuestión. El artículo 1.522 —se dice— no se opone a un pacto en tal sentido, y el mismo ha sido admitido —en su considerando 9— por la ya varias veces mencionada Resolución de la DGRN, de 18 de mayo de 1983, según la cual el retracto de comuneros puede ser eliminado por la voluntad de los interesados, de acuerdo con los artículos 392 y 1.255 del Código, dado su diverso fundamento de otros retractos legales, como el enfitéutico o el

(113) *Vid. ob. cit.*, pág. 46

(114) En este sentido, ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, págs. 333-334; LEYVA, *ob. cit.*, pág. 96, y O'CALLAGHAN, *Promoción...*, cit., págs 68-69. MIQUEL entiende que el retracto resulta perjudicial no tanto porque el mismo se dirija a terminar con la comunidad —pues en puridad no elimina siempre dicha situación, y además existe para tal finalidad el medio más directo y adecuado de la acción de división—, cuanto porque aunque su objetivo es simplemente el de evitar la entrada de extraños en la comunidad precisamente cuando se quiere mantener ésta, contribuye a devaluar el derecho de cada condueño introduciendo frenos a la libre disposición (*vid.* «Algunas consideraciones...», cit., págs. 51-52).

arrendatario (115). A estos efectos se invoca también, a modo de precedente, la frecuente práctica de renuncia al derecho de tanteo que con anterioridad a la Ley de Propiedad Horizontal establecía el artículo 396 del Código Civil (116).

Frente a tal postura *hay quien considera que el retracto no constituye obstáculo para la configuración de la multipropiedad = comunidad,* puesto que no impide la transmisión de la cuota, sino que simplemente otorga preferencia para su adquisición a otro multipropietario frente a un extraño: si ningún comunero retrae, el adquirente será dueño en los mismos términos en que lo era su transmitente, y si por el contrario alguno de los multipropietarios ejercita su derecho de adquisición preferente, en nada resultará perjudicado el extraño que adquirió la cuota, pues deberá ser reembolsado en los términos indicados por el artículo 1.518 del Código Civil, al que se remite el 1.525. Se afirma incluso que la existencia del retracto no sólo no perjudica, sino que hasta puede beneficiar a la multipropiedad, por el juego de la ley de la oferta y la demanda (117).

El hecho es que en la práctica resulta frecuente que los estatutos acepten y regulen detalladamente derechos de adquisición preferente (118). Pero ello no como medio de acabar con la situación de indivisión, sino probablemente para evitar la entrada de extraños, prevención que parece lógica en una comunidad convencional y permanente, y que puede incluso conducir a la consolidación de la misma, aglutinando *intuitu personae* a los comuneros que vayan quedando (119).

---

(115) *Vid.* opiniones favorables a la posibilidad de exclusiones en: MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit* , pág. 84, que considera aplicables los mismos razonamientos utilizados para excluir la acción de división, MIQUEL, *ibidem,* y PAU, «Configuración...», cit., págs 20-21. En la «Escritura de constitución...», presentada por LORA TAMAYO, se afirma, en el artículo 9.º de sus estatutos, que «en el caso de transmisión de una participación, se establece expresamente que, dada la naturaleza y finalidad de la comunidad, quedan excluidos los derechos de tanteo y retracto de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 392 y 1.255 del Código Civil (dada la especial naturaleza y configuración de la comunidad así constituida)» (loc. cit., pág. 800)

(116) Así, LEYVA, *ob. cit.*, pág. 96.

(117) En este sentido, MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág 84.

(118) Así lo afirman ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, pág. 335, y PAU, «Configuración...», cit., pág 20. Este último, en el modelo de estatutos que recoge, incluye al respecto la cláusula siguiente: «La titularidad de una cuota y el uso del departamento durante el período anejo a ella podrán ser transmitidos libremente por acto *mortis causa* o a título gratuito Caso de transmisión *inter vivos* a título oneroso en favor de persona ajena al condominio del departamento, corresponderá a los restantes condueños del mismo en cada transmisión que se realice un derecho de adquisición preferente que tendrá carácter real y afectará a terceros adquirentes», en párrafos sucesivos se detalla el procedimiento para hacer efectivo tal derecho (*vid.* «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 60)

(119) Opinión expuesta por AZPITARTE CAMY («Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal», *RDN,* 1979, pág. 135), aunque no con relación a la multi-

III. Frente a la diversidad de opiniones doctrinales que con respecto a la naturaleza jurídica de la multipropiedad se han mantenido —diversidad a la que me he referido en las primeras páginas y sobre la que volveré más adelante—, existe curiosamente una cierta coincidencia en lo referente a la constancia registral del fenómeno, ya que la práctica española se ha inclinado, a estos efectos, precisamente por la configuración de la figura como un supuesto de comunidad *pro indiviso*, por considerar que se facilita con ello el acceso de la misma el Registro de la Propiedad (120).

1. Como se sabe, el artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción de «partes indivisas de una finca o derecho». Se trata de averiguar, empero, *si en el Registro pueden hacerse constar aquellos pactos o determinaciones* —llámense título constitutivo o estatutos, o ambos a la vez— *que delimitan la figura de la multipropiedad y hacen de ella un supuesto especial o atípico,* estableciendo la distribución del uso por turnos con carácter institucional y eficacia (al menos pretendidamente) real.

La respuesta afirmativa se basa en la invocación del artículo 7.º del citado Reglamento, que permite la inscripción de «cualquier acto o contrato que tenga trascendencia real», entendiendo por tal el que «modifique, desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales». Se considera que en esta descripción encajan perfectamente los supuestos mencionados, pues no cabe duda de que con ellos se modifica el esquema tradicional de la copropiedad *pro indiviso* tal como lo regulan los artículos 392 y siguientes del Código Civil (121).

---

propiedad, sino a una comunidad de garajes. Pero tanto ROCA GUILLAMÓN (*ob cit.*, pág 335) como MARTÍNEZ PIÑEIRO, aplican a aquélla dicho parecer.

(120) Así lo afirman autores que —como ROCA GUILLAMÓN o LEYVA— no son partidarios de la tesis comunitaria (*vid.*, respectivamente, *ob. cit.*, pág 340, y *ob. cit.*, pág. 93). Según palabras del último, «no ha sido la naturaleza incuestionable del derecho el antecedente de la inscripción registral Para honra del Registro de la Propiedad español y de quienes le servimos, se ha elegido deliberadamente la forma de comunidad *pro indiviso* con el fin de que fuera inscribible. No porque fuera esta forma la que más se ajustara a la naturaleza del derecho. ROCA GUILLAMÓN así lo ve; la razón práctica de haberse escogido el modelo de comunidad *pro indiviso* es la mayor facilidad de acceso al Registro de la Propiedad de la situación de comunidad *pro indiviso*». *Vid.* también: DE LA CUESTA, *loc cit.*, págs XX-XXI, y MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág. 102, quien afirma que «configurada la multipropiedad como.. comunidad *pro indiviso*, su acceso al Registro plantea escasos, mejor diríamos, nulos, problemas».

(121) *Vid.* en este sentido ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, pág. 341; BADOSA, *ob. cit.*, pág. 38, quien, de acuerdo con su tesis de la *multipropiedad* régimen jurídico, se refiere a la inscripción del *título constitutivo;* SÁNCHEZ GONZÁLEZ «Algunas consideraciones en torno a la multipropiedad», en VV.AA., *IV Jornades de Dret català*. ., cit., pág. 334, MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit* , pág. 102; O'CALLAGHAN, *Promoción...*, cit., pág. 51, y COCA PAYERAS, *ob. cit.*, pág. 18.

Suele alegarse también, en favor de la aludida posibilidad, la aplicación analógica de los artículos 8.4 de la Ley Hipotecaria y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que permiten la registración, y consiguiente afección a terceros de «aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio «de dicha propiedad» (122).

2. Ahora bien, admitido que el fenómeno *multipropiedad* puede tener constancia registral, es necesario preguntarse ahora *cuál ha de ser la técnica de registración utilizable.*

— Cabe pensar, en primer lugar, en un *sistema de folio único,* si se trata de una vivienda no incardinada dentro del régimen de propiedad horizontal (chalé o villa), en cuyo caso, inmatriculada ésta como finca registral independiente, procedería inscribir en el folio correspondiente la constitución del régimen de multipropiedad y, en su caso, los estatutos o reglas por los que ésta deba regirse, con especificación de los períodos de uso y disfrute en que se divide y la asignación de una cuota a cada período y, sobre la base de estas cuotas en *pro indiviso*, ir inscribiendo bajo el mismo número las distintas titularidades.

Cabe también tal posibilidad en el caso de que, formando parte de la vivienda de un edificio sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, se inscriban sin embargo «bajo el mismo número de la casa a que pertenezcan» todos sus pisos y locales, como prevé el artículo 218.*a)* del Reglamento Hipotecario.

— Si se aplica, en cambio, lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, al inmueble en régimen de propiedad horizontal se le abrirá su propio folio, en el que se inscribirán el título constitutivo y, en su caso, los estatutos de aquélla; y serán también objeto de inmatriculación los pisos y locales del edificio, debiendo hacerse constar en los folios correspondientes a los que se encuentren en régimen de multipropiedad, las circunstancias que ya he señalado

---

(122) Así, ROCA GUILLAMÓN *(ibidem),* que recoge la opinión de ROCA SASTRE —en *Derecho hipotecario,* 7.ª ed., III, pág. 441— en cuanto a la posibilidad de inscribir las limitaciones, cargas, condiciones y compromisos de las urbanizaciones privadas, por aplicación analógica del artículo 5.3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Sigue a ROCA GUILLAMÓN SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *ob. cit* , pág. 334. *Vid.* también ISAC I AGUILAR· «Aspectes regitrals de la multipropietat i les urbanitzazions», en VV.AA., *IV Jornades de Dret català..* , cit. , pág. 154. MIQUEL, igualmente, considera inscribibles los pactos sobre el uso que afectan al estatuto de la comunidad y configuren los derechos de los copropietarios modificando las facultades inherentes al condominio (*vid.* en VV.AA., *Comentarios...,* cit., pág. 78), como sucede en el caso —según él mismo reconoce— de la multipropiedad (*Vid.* en VV AA , *Comentarios* . , cit., pág. 77, nota 14).

en el apartado anterior (especificación de los períodos de uso, asignación de cuotas y adquisición de las mismas).

Ahora bien, teniendo en cuenta las especiales características de la figura estudiada, el procedimiento de inscribir en un solo folio los derechos de todos los multipropietarios —como sucedería en los supuestos descritos— puede entrañar una gran complejidad y dificultar considerablemente el seguimiento de la vida jurídica de la finca (123). Con el fin de evitar tal inconveniente, se ha utilizado en la práctica una técnica de registración análoga a la señalada para las urbanizaciones privadas por la Resolución de la DGRN., de 2 de abril de 1980, técnica que conduce a *atribuir a cada cuota de multipropiedad su propio folio registral.*

Hasta el año 1982 dicha solución se inspiró en el sistema de inscripción que con relación a las comunidades de aguas privadas establece el párrafo 6.º del artículo 66 del Reglamento Hipotecario, el cual *permite* a cada copartícipe «inscribir a su nombre como finca independiente... la cuota o cuotas que le correspondan», supuesto que entonces se consideraba como el más cercano al caso de la multipropiedad (124).

Contra el recurso a dicha regulación se ha puesto de manifiesto que aunque en los dos supuestos se aprecian efectivamente notas comunes —la periodicidad del uso y la cuota de participación—, no resulta conveniente la equiparación entre ambas instituciones, por los motivos siguientes:

— Todo el régimen hipotecario de las aguas ha tenido siempre la consideración de finca especial, según se aprecia en el título genérico que da el Reglamento a la correspondiente sección: «Inscripción de concesiones y otras fincas especiales».
— La mencionada equiparación podría llevar a pensar que la inscripción separada de cada turno o tanda de la multipropiedad configura una finca especial, en cuyo caso se puede llegar a modificar el régimen de formación de decisiones dentro del edificio o, en su caso, del conjunto inmobiliario, sobre el que recaiga la multipropiedad, por desplazamiento de la idea de finca (125).

---

(123) En este sentido: ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit.*, pág. 342; MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág 334, y PAU. «Configuración...», cit., págs 11-12. Expone este último el siguiente ejemplo, referido al supuesto extremo de que los pisos del edificio se encuentren inscritos en el mismo folio que éste y sujetos *todos* ellos, además, al régimen de multipropiedad. «Si el inmueble en régimen de multipropiedad tiene sólo veinte apartamentos, y cada apartamento está fraccionado cronológicamente en diecinueve períodos —cifra frecuente—, y sólo una quinta parte de las cuotas tiene algún gravamen, en un mismo folio del Registro existirían cuatrocientas cincuenta y seis inscripciones vigentes».

(124) Solución propugnada por SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO (*ob. cit.*, pág. 824), a quienes sigue ROCA GUILLAMÓN (*ob. cit.*, pág. 343).

(125) Crítica que realiza ISAC, *ob cit.*, págs. 143-144

En cualquier caso, desde que por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 se reformó el artículo 68 de Reglamento Hipotecario, es esta disposición la que ha venido considerándose como apoyo fundamental de la posibilidad aludida. Dicho precepto permite practicar la inscripción de la transmisión de cuota de comunidad destinada a garaje en folio independiente, con el fin de descongestionar el general de la comunidad y aclarar además el historial de cada participación (126). La importancia del mismo radica precisamente en que explica el motivo por el que se permite la inscripción separada, motivo que es sencillamente —como acabamos de ver— el de lograr la mayor operatividad y simplificación del funcionamiento del Registro, evitando la sobrecarga de inscripciones en un mismo folio («cuando el Registrador lo considere necesario para la mayor claridad de los asientos») (127). Se trata, pues, de una simple técnica de registración, de una manera de inscribir que tiene trascendencia meramente formal y no crea, por tanto —se ha dicho—, un concepto nuevo de finca registral (128).

Idéntica técnica resultaría aplicable a las cuotas adscritas a turnos del régimen de multipropiedad, puesto que en esta materia se produce, cuando se pretende inscribir la totalidad de ellas en el folio abierto a la vivienda, la misma sobrecarga que el artículo 68 ha querido evitar permitiendo la inscripción de la cuotas en folios independientes (129). Precisamente en este precepto se ha basado la DGRN para declarar, en Resolución de 15 de diciembre de 1987, que el Registrador puede por sí mismo, si lo considera necesario para mayor claridad de los asientos, abrir nuevos folios cuando el folio matriz haya de resultar excesivamente recargado, aun en el caso de que el presentante manifieste su voluntad contraria. No es preciso destacar —se afirma— la aplicabilidad de esta doctrina al supuesto de la multipropiedad (130).

El sistema ideal de registración comprendería, por consiguiente:

— La inmatriculación del edificio, si la multipropiedad se integra en

(126) Se apoyan en el mencionado artículo: LEYVA, *ob. cit.*, pág. 94; MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, pág. 105; MUÑOZ DE DIOS, *ob. cit.*, pág. 871, ROMA RIERA, *ob. cit.*, pág. 339, BADOSA, *ob cit.*, pág 42, e ISAC, *ob cit.*, pág 144. Se queja incluso el primero de que este precepto no haya recibido una redacción más abierta, que permitiera aplicarlo directamente, sin necesidad de utilizar el procedimiento analógico, a otras comunidades.

(127) Así, BADOSA, *ibídem.*

(128) Subraya este importante matiz ISAC, quien —como hemos visto— critica la consideración de las cuotas de multipropiedad como fincas registrales especiales por aplicación analógica del artículo 66 del Reglamento Hipotecario.

(129) Así, BADOSA, *ob. cit.*, pág. 43.

(130) Lo ha dicho PAU, «Configuración .», cit., pág. 12.

un régimen de propiedad horizontal, con las particularidades a las que se refiere el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria.

— La inmatriculación de la unidad o unidades sujetas a multipropiedad, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 5.º ó 3.º de dicho artículo (el último, en el caso de que se trate de una vivienda unifamiliar).

— Y con referencia a cada una de dichas unidades, que ya tienen folio propio, tantas inscripciones en folios nuevos como cuotas se vayan transmitiendo, inscripciones que deberán hacerse, al menos, bajo dos números: el de la finca matriz y el de la cuota transmitida. Tales inscripciones no ofrecen especialidad alguna, pues recogen simplemente el título de transmisión del derecho del promotor, titular registral según la matriz, al multipropietario adquirente.

— Será necesario, finalmente, extender al margen del folio de cada unidad notas expresivas de la transmisión de las diferentes cuotas, indicando su libro, folio particular y fecha (131).

El procedimiento descrito permite inscribir todos los actos de transmisión y gravamen individualizados sobre cada cuota en particular, consiguiendo así una publicidad fácil y clara, asequible prácticamente a cualquier persona (132).

Finalmente, en todos los supuestos aludidos caben, a mi entender, distintas posibilidades en orden a la constancia registral de los pactos o reglas que configuran el peculiar contenido de la multipropiedad. Si un edificio se ha construido ya con el fin de vender todos o parte de sus apartamentos en tal régimen, aquéllos se harán constar, probablemente, en los propios estatutos de la propiedad horizontal, y deberán figurar, por eso, en el folio correspondiente al edificio en su conjunto (art. 8.4 Ley Hipotecaria). Si se trata, por el contrario, de un supuesto de conversión de comunidad ordinaria en multipropiedad, por pacto entre los copropietarios de un piso, se hará constar éste en el folio particular de dicho piso (art. 8.5 de la Ley), salvo lo previsto en el ya mencionado artículo 218, *a),* del Reglamento. Y si es una vivienda familiar, se registrará la constitución del régimen de multipropiedad, lógicamente, en el folio correspondiente a la misma (133).

---

(131) *Vid*, fundamentalmente, LEYVA, *ob. cit.*, pág. 94, e ISAC, *ob. cit.*, pág. 144; también MARTÍNEZ PIÑEIRO (*ob. cit.*, pág 104), ROMA RIERA (*ob. cit.*, págs. 339-340), y PAU («Configuración...», cit., pág. 11) se refieren a la registración de la multipropiedad mediante el procedimiento de doble o triple folio con inscripción separada de las cuotas.

(132) *Vid.* ISAC, *ibídem*

(133) Naturalmente podrían decirse todavía muchas cosas acerca de la configuración comunitaria de la multipropiedad, entrando a analizar detalladamente *distintas*

IV. La concepción comunitaria a la que durante todas estas páginas me he venido refiriendo encuentra, a mi modo de ver, un claro reflejo en el segundo párrafo del artículo 1 del Anteproyecto de Ley elaborado en el Ministerio de Justicia, cuyo tenor literal es el siguiente:

«La multipropiedad consiste en la atribución del dominio de una vivienda a varios partícipes en *pro indiviso*, de tal manera que a cada uno corresponde, en exclusiva y frente a todos, un tiempo de uso que le confiere el disfrute de la vivienda durante un número de días continuos y determinados, que se reiteran en cada ciclo temporal de los que se señalan. La referencia del uso a tiempos determinados no excluye la continuidad de la posesión de derecho.»

Creo que este precepto puede interpretarse, clarísimamente, en el sentido de que concibe la figura estudiada como un supuesto de copropiedad

---

facetas de su funcionamiento práctico. Pero ello daría a este trabajo una extensión desmesurada, apartándolo además de su finalidad inmediata Por ello me limitaré a dejar somera constancia de las cuestiones que la doctrina ha abordado

En sus estatutos, establece PAU el procedimiento de determinación de los periodos y de las cuotas, las normas para la utilización del inmueble, la transmisión de las cuotas y la cesión del uso del apartamento a un tercero, la participación en los gastos, el derecho de voto de los multipropietarios en la Junta de la propiedad horizontal y el sistema de administración (*vid.* «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., págs. 57-61) LEYVA se ocupa de las particularidades más relevantes que habitualmente ofrece el contenido de los estatutos de multipropiedad· la obligación de utilizar el inmueble conforme a su destino, abstenerse de realizar en él innovaciones que puedan perjudicar el uso de los otros multipropietarios, devolverlo al final de cada período y contribuir a los gastos comunes; la utilización del mobiliario, la asistencia de los multipropietarios a la Junta de la propiedad horizontal, la administración y la división en cuotas y períodos semanales (*vid. ob. cit.*, , págs. 98-106). La fijación de períodos y cuotas es también analizada por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (*ob. cit.*, págs. 68-69). BADOSA estudia la vinculación entre el uso turnado y la coposesión del inmueble, para demostrar que, a pesar del primero, existe coposesión permanente de todos los comuneros, tanto de quien está utilizando la vivienda en un momento determinado como de quienes esperan su turno (*vid. ob. cit* , págs. 35-36), cuestión a la que alude el artículo 1.2 del Anteproyecto transcrito en el texto ROMA RIERA analiza el sistema de fijación de turnos, las normas de uso del inmueble y el destino del mismo, la contribución a los gastos, la representación de los multipropietarios en la Junta rectora de la propiedad horizontal, la adquisición de cuotas por extranjeros, la transmisión del derecho de los multipropietarios, el canje de turnos entre ellos y la extinción del régimen (*vid. ob cit.*, págs. 334-343). La figura del administrador, la posesión y el ejercicio de las acciones interdictas, las normas de uso y disfrute, los gastos de conservación, las facultades de disposición, tanto sobre la cosa común como sobre las distintas cuotas, y la extinción de la multipropiedad, son los temas de los que se ocupa MARTÍNEZ PIÑEIRO (*ob. cit.*, págs 105-129). Y LORA TAMAYO, en su «Escritura de constitución» de la multipropiedad, describe las distintas participaciones atribuyendo a cada una un período de disfrute, y prevé una normativa con respecto a la utilización de la vivienda, la transmisión de las cuotas, la cesión a un tercero del uso del inmueble, las obligaciones de los multipropietarios, los órganos rectores de la comunidad y la extinción del régimen (*vid. loc. cit.* págs. 798-809)

pro indiviso sobre una vivienda cuyo uso se distribuye por turnos con alcance real («frente a todos») (134). Resultan por ello extremadamente sorprendentes y contradictorias las declaraciones contenidas en el primer párrafo del artículo 3.º del mismo Anteproyecto, que se refiere a «la propiedad separada de un tiempo de uso de una vivienda en multipropiedad», con lo que viene a plasmar positivamente otra de las tesis que la doctrina ha propuesto para la configuración jurídica de la multipropiedad.

Antes de pasar al análisis de esta teoría, que convierte al tiempo en objeto de un derecho de propiedad, voy a ocuparme brevemente de otra que, sin llegar a tal extremo, relaciona también el factor tiempo con el objeto del derecho del multipropietario, teoría que, a mi modo de ver, ha podido ejercer influencia en la configuración adoptada por el Anteproyecto, ya que algún sector doctrinal confunde en ciertos aspectos ambas construcciones.

TERCERA PARTE

CONFIGURACIÓN DE LA MULTIPROPIEDAD COMO UN SUPUESTO ESPECIAL DE PROPIEDAD: LAS TEORÍAS DE LA PROPIEDAD ESPACIO-TEMPORAL O CUATRIDIMENSIONAL Y DE LA PROPIEDAD DIVIDIDA

I. *La propiedad espacio-temporal o cuatridimensional*

1. Parece haber alcanzado cierto predicamento en la doctrina italiana la tesis que ve en la multipropiedad, no un supuesto de comunidad sobre un *único* objeto, sino una hipótesis de *coexistencia de una pluralidad de derechos de propiedad sobre distintos bienes:* cada multipropietario es titular de un derecho de propiedad pleno y exclusivo, cuya peculiaridad radica en la naturaleza de su objeto (135). Para analizar tal naturaleza se

---

(134) En mi opinión, la fórmula utilizada por el Anteproyecto en el artículo transcrito viene a coincidir, sustancialmente, con la que emplea PAU en sus estatutos («se atribuirá a cada titular una cuota en condominio sobre un departamento y se le señalará un período anual de tiempo de uso que tendrá carácter exclusivo»), y LORA TAMAYO en la «Escritura de constitución del régimen de multipropiedad» («La finca... se divide en cincuenta y dos participaciones indivisas .. que atribuirán a cada copropietario el derecho a usar y disfrutar con carácter exclusivo y excluyente la vivienda amueblada y su ajuar, cuya participación indivisa ha adquirido, en los períodos de tiempo que se concretan en el artículo 3.º»). *Vid.*, respectivamente. «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 57, artículo 10 y *loc. cit.*, pág. 798, artículo 1.º

(135) Mantienen fundamentalmente esta tesis, que en seguida desarrollo en el texto: SANGIORGI (*Multiproprietà.. .* cit., e intervención en VV.AA., *Multiproprietà Confronto ...* , cit., págs. 55-58) y CONFORTINI (*La multipropietà.* I, cit , págs 41-49, e interven-

precisa un previo y somero *análisis del concepto de individualización de bienes inmuebles.*

Mientras los muebles se presentan ya en la realidad física dotados de individualidad, por el hecho mismo de tener contornos precisos que los separan del resto del mundo, los inmuebles, en cambio, necesitan ser individualizados. En términos generales, dicha operación consiste en determinar en el campo de la realidad objetiva material, la autonomía en virtud de la cual una parte de esta realidad, diferenciándose respecto del todo, asume la configuración de una unidad objetiva que la convierte en centro de intereses humanos (económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza) que, al ser tutelados jurídicamente, dan lugar a un *bien.* La individualización del bien acarrea la consecuencia de que en adelante éste será tratado jurídicamente como una unidad objetiva independiente y autónoma respecto del todo del que se ha diferenciado.

La individualización puede llevarse a cabo por medio de un acto de

---

ción en VV.AA., *Multiproprietà Confronto...*, cit , págs 47-50 y 191), a cuyos postulados se adhiere expresamente CAPARELLI (en VV AA., *Multiproprietà. Confronto...*, cit., págs. 125-128). Esta parece ser igualmente la tesis mantenida por MAZZU (*vid. ob. cit* , págs 304-305), y PETRONE. quien considera que los rasgos de subjetividad plural y unidad objetiva, esenciales en la comunidad, no se dan en la multipropiedad, que conjuga una pluralidad de situaciones autónomas con bienes diversos, aunque basados en un mismo objeto físico: el bien jurídico —del que hoy se admiten un sinfín de singularidades— es perfectamente distinguible de la *cosa* prejurídica, no debiendo distanciarse la multipropiedad del supuesto en que un mismo objeto físico es susceptible de diversos aprovechamientos o utilidades —bienes jurídicos— en forma continua o discontinua, y que tampoco constituyen verdaderas comunidades (esta es la tesis fundamental que desarrolla en su obra *Multipropietà: individuazione dell' oggeto e schemi reali tipichi,* Milán, 1985, según la recensión que de ella hace PIÑOL AGUADÉ. en *RCDI,* núm. 583, 1987, págs. 1941-1944). También los argentinos TRANCHINI y CAUSSE afirman que en la multipropiedad «habrá tantos derechos como divisiones de espacios de tiempo se hayan predeterminado. Cada quien es titular exclusivo de la misma cosa durante el período que adquirió, y no puede ocuparla fuera de su turno porque los demás intervalos temporales se corresponden con el derecho absoluto de cada uno de los demás propietarios exclusivos» (en ACQUARONE y otros, *ob. cit.*, pág. 183) Finalmente, la española HERRERO GARCÍA. en reciente publicación, aun entendiendo que «a nivel teórico puede defenderse —al menos como discutible— la posibilidad de elegir el esquema de la comunidad para ordenar jurídicamente la multipropiedad», y que en la estructura de ésta «concurren los datos fenomenológicos que se contienen igualmente en la comunidad (pluralidad subjetiva-unidad de la cosa)», considera que ello no resulta suficiente «para *decidir* una configuración jurídica unitaria». Le parece prevalente, por el contrario, la necesidad de encontrar la estructura que mejor tutele el interés del adquirente, interés que con mucha frecuencia puede consistir en ser propietario, pero no en ser copropietario. Por ello, y sin descartar que como hipótesis resulte posible la multipropiedad-comunidad, y que la misma puede ser realmente querida en algún supuesto, considera que no cabe generalizar tal configuración como *esencia* de la figura estudiada, sino que el instituto apropiado para incardinarla puede ser el derecho de propiedad individual. Por ello expone en su obra las tesis de SANGIORGI y CONFORTINI, adhiriéndose a ellas (*vid. ob. cit.*, págs. 103 y sigs.).

autonomía privada, habiendo de concurrir para ello la intención del sujeto de considerar en el futuro la parte individualizada como una unidad económica autónoma (136).

Tradicionalmente se ha venido considerando que la individualización de inmuebles se agota en la delimitación *espacial* de los mismos: se trata de *especificar algo continuo* estableciendo, mediante el recurso a un criterio espacial, «hasta qué punto» se extiende un determinado bien (137).

2. La originalidad de la multipropiedad radica precisamente en que con ella se pone en práctica un nuevo criterio de individualización: el módulo temporal, que complementa en este caso la normal circunscripción material de la cosa. Y ello es posible porque los inmuebles no se presentan sólo como una continuidad indiferenciada en el espacio, sino que duran también en el tiempo, y, por tanto, permanecen en él como una continuidad que puede ser especificada estableciendo «hasta cuándo» o «por cuánto tiempo» debe tomarse la cosa en consideración (138).

Se dice que si el dueño de un inmueble puede descomponerlo en multiplicidad de bienes operando una división del mismo en el espacio, resulta igualmente factible la división de la cosa en el tiempo (139). Tal posibilidad

---

(136) *Vid.* con respecto a esta cuestión, GARCÍA CANTERO: «Notas sobre individualización de inmuebles», *ADC*, 1965 (XVII), págs. 853 y sigs., y RICCA, L., voz «individuazione», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXI, Milano, 1971, págs. 172 y sigs., quien afirma que la individualización implica «un modo de considerar la cosa desde el punto de vista de la tutela jurídica, esto es, una valoración nueva de la misma, autónoma y unitaria en términos de situación jurídica subjetiva en correlación al nacimiento de un nuevo bien jurídico» (pág. 172).

(137) SANGIORGI, *Multiproprietà...*, cit., pág. 63.

(138) SANGIORGI, *Multiproprietà...*, cit., págs. 62-63.

(139) Pensemos —dice CONFORTINI— en el caso de que Ticio alquile un inmueble a Cayo por el plazo de un año. Si luego Cayo subarrienda el bien a Sempronio y a Mevio, para los primeros seis meses y para el segundo semestre, respectivamente, diremos que estos últimos contratos son *subarriendos parciales*. La misma calificación daríamos al supuesto de que Cayo subarrendara a Mevio dos de las cuatro estancias del apartamento y a Sempronio las restantes. En un caso hablamos de *parcialidad en sentido temporal*, en el otro *en sentido espacial*. Ahora bien, si el contrato, teniendo el mismo objeto (en sentido material), se celebrase directamente entre Ticio y Mevio, y Ticio, y Sempronio, no hubiéramos empleado el término *parcialidad*. Se hubiera hablado de *arrendamiento semestral* en el primer caso, y se hubiera aludido a la extensión superficial del bien arrendado en el segundo. Y sin embargo, desde el punto de vista de la situación jurídica subjetiva que Mevio y Sempronio asumen como consecuencia del contrato, no existen diferencias entre el celebrado con Ticio y el celebrado con Cayo. Cualesquiera que sean las razones que en un caso nos hacen advertir la exigencia de hablar de *parcialidad* y en el otro nos eximen de cualquier valoración comparativa (de la cosa respecto del *todo*), no interesa profundizar ahora en ellas. Basta decir que un arrendamiento es tal tanto si dura un año como si dura diez, y tanto si tiene por objeto un terreno de diez metros cuadrados como si afecta a un fundo de diez hectáreas. La extensión temporal y la espacial de la cosa arrendada, no afectan a la situación jurídica subjetiva del arrendatario, sino el objeto del derecho. El metro y el día no son medidas

se basa en la circunstancia de que éste no es, desde el punto de vista de la norma, algo que corre hacia adelante, sino que tiene carácter circular y vuelve sobre sí mismo, puesto que todos los años se dividen en los mismos meses, semanas y días... Así, la semana que va del 1 al 7 de agosto, mientras el tiempo se mida según los criterios convencionales del calendario gregoriano, retornará cada año y, por tanto, existirá siempre: las semanas que van del 1 al 7 de agosto son en principio infinitas. *El tiempo es, por tanto, medida recurrente de la cosa,* en el sentido de que la disponibilidad ofrecida por ésta no se agota en un simple segmento cronológico, sino que retorna idéntica en los años sucesivos. Y es este carácter recurrente de los intervalos cronológicos el que hace lógica y jurídicamente configurable la posibilidad de descomponer el inmueble en el tiempo.

Con arreglo a esta teoría, la entidad material sujeta a multipropiedad (apartamento o chalé) se divide en una pluralidad de fracciones temporales —generalmente semanas, aunque la división podría también operarse por meses o por días— durante cada una de las cuales aquélla constituye objeto de un derecho de propiedad distinto: el objeto del derecho de cada multipropietario queda temporalmente limitado a cierto período, fuera del cual el inmueble constituye objeto de derechos diferentes. Así pues, siendo el inmueble afectado *una sola cosa* desde el punto de vista empírico y material, el mismo se divide jurídicamente —como consecuencia del fraccionamiento temporal— en una *pluralidad de bienes (objetos de derechos) diferentes* (140).

---

del interés jurídico, sino parámetros necesarios para la definición del objeto sobre el cual apunta tal interés. Y el razonamiento no cambia cuando del análisis de situaciones jurídicas subjetivas esencialmente temporales (como son las que afectan a arrendador y arrendatario), se dirige la atención hacia el derecho de propiedad (esencialmente perpetuo). (*Vid. La multipropietà* I, cit., págs. 44-45.)

(140) Tal planteamiento nos sitúa frente a la ardua cuestión de la consideración de las cosas y/o bienes como objeto de derechos, y de la sinonimia o el diverso significado de estos términos. Sin ánimo, por supuesto, de exhaustividad, me limito a recoger aquí el breve análisis que —referido precisamente a la multipropiedad— hace de la misma HERRERO GARCÍA, con el fin de aclarar el significado de los términos utilizados en la exposición de esta tesis. Incide dicha autora sobre el matiz objetivo o subjetivo prevalente en uno y otro términos. Así, siguiendo a BIONDI, define la *cosa* como «entidad, material o inmaterial, que sea jurídicamente relevante, es decir, que sea tomada en consideración por la Ley, en cuanto constituye, o puede constituir, objeto de relaciones jurídicas». *Cosa es por tanto la referencia objetiva del derecho subjetivo.* A este referente objetivo va unida, entre otras notas, la necesidad de que la cosa proporcione una utilidad cualquiera al hombre en la convivencia social, y en este sentido puede utilizarse la idea de *bien, pecularizado por esta referencia subjetiva.* De modo que, aunque en la terminología legal cosas y bienes son la misma entidad jurídica, dichos términos consideran tal entidad desde diverso aspecto· *la noción de cosa constituye el elemento material del concepto jurídico de bien,* que se delimita a través del interés del ordenamiento tiende a tutelar atribuyendo al sujeto un determinado derecho. Ello permite que una misma cosa, física y materialmente unitaria, pueda constituir el sustrato real de bienes jurídicos

En la tesis expuesta, la incidencia del factor tiempo no se proyecta, por tanto, sobre el contenido de la situación jurídica subjetiva —tal como sucede en la multipropiedad-comunidad con pacto de uso por turnos—, sino sobre la delimitación del objeto del derecho de cada multipropietario. La figura estudiada viene así a acrecentar la pluralidad de estatutos de la propiedad, pluralidad que, como se sabe, responde precisamente a la distinta función y naturaleza que el objeto de la misma puede revestir (141).

El hecho de que en la multipropiedad los criterios espaciales de delimitación del objeto se vean *complementados* por un criterio temporal —pues resulta indudable que si el objeto es una entidad material considerada en una determinada fracción de tiempo, esta segunda especificación presupone ya la delimitación espacial de dicha entidad (142)—, ha dado pie a las dos denominaciones con las que se conoce fundamentalmente a esta figura en la tesis expuesta: propiedad *espacio-temporal,* pues ambos módulos viene a delimitar su objeto, y propiedad *cuatridimensional,* pues dicho objeto presenta, por ello, cuatro dimensiones: las tres especiales y una temporal (143).

3. Entienden los sustentadores de esta teoría que las características más sobresalientes de la multipropiedad pueden explicarse perfectamente con referencia a la peculiar naturaleza y delimitación de su objeto.

3.1. Así, *el goce por turnos y la imposibilidad de que cada multipropietario utilice la cosa fuera de los períodos recurrentes predeterminados* no representan, en rigor, una limitación de los poderes de aquél, sino que son una directa consecuencia de la naturaleza del objeto de su derecho, a la cual ha de adaptarse el modo de gozar del propietario: quien ha adquirido el bien en la semana del 1 al 7 de agosto no puede ocupar el inmueble otros días del año no porque se haya obligado a respetar un turno, sino porque otros días la cosa forma objeto de un derecho de propiedad ajeno.

---

distintos en cuanto sea susceptible de producir utilidades diferentes, dando lugar, para cada una de ellas, a formas diferenciadas de calificación jurídica. Aplicando todo esto a la multipropiedad, cabe distinguir en dicha figura: por un lado la *cosa* (apartamento), término con el que se alude a la entidad objetiva, que es jurídicamente relevante, destacada e independiente del sujeto; por otro lado, el *bien,* que alude a la idea de interés, de ventaja o utilidad, referida por tanto al sujeto, pues determina el objeto de su derecho de propiedad. En función de las posibilidades de utilización de que es susceptible un mismo apartamento, puede éste constituir el punto de referencia objetivo de situaciones jurídicas diferentes, referidas a cada uno de los adquirentes en multipropiedad (*vid. ob. cit* , págs. 108-110, y bibliografía allí citada).

(141) En este sentido, SANGIORGI, en VV AA., *Multiproprietà. Confronto ..*, pág. 56.

(142) Así, SANGIORGI, *Multiproprietà....* cit., pág. 62.

(143) Con respecto a esta última denominación, *vid.* LEYVA, *ob. cit.*, págs. 47-48.

Recurrir en estos casos al concepto de limitación sería tanto como explicar en clave de contenido de los poderes el hecho de que al propietario de un fundo le esté prohibido extender su goce al fundo vecino; es evidente que en este supuesto no se trata de una hipótesis de limitación de ejercicio, sino de que el poder viene por definición atribuido con referencia a un determinado bien, y no cabe, por tanto, que se extienda a otros. De modo similar, no puede el multipropietario utilizar la cosa más allá de ciertos límites temporales porque esa misma cosa, al variar el tiempo, constituye un bien distinto, objeto, por tanto, de otro derecho. El particular modo de ser del bien, conformado a través del acto de individualización, constituye así el presupuesto objetivo del goce turnado (144).

3.2. En cuanto al *carácter estable o permanente de la situación de multipropiedad,* es evidente que no existiendo aquí una hipótesis de comunidad sobre un único objeto, sino una coexistencia de diferentes derechos con diversos objetos, no procede el ejercicio de la acción de división —que tantos quebraderos de cabeza acarrea a los partidarios de la tesis comunitaria—, pues carece de sentido dividir algo que desde un punto de vista jurídico formal se encuentra ya fraccionado (145).

3.3. Conviene recalcar que, según la tesis expuesta, *el derecho del multipropietario no se constituye y se extingue —respectivamente— al comienzo y al final de su correspondiente período—* diferenciándose por ello esta teoría de las que consideren a la multipropiedad como una hipótesis de propiedad temporal o de propiedad periódica; el derecho es perpetuo, pero limitado a un intervalo temporal que se repite todos los años: una vez nacido, tiene por objeto la cosa temporalmente definida según un criterio cíclico. Cabe, por eso, definir la relación entre los distintos multipropietarios en términos de *coexistencia,* puesto que cada uno de ellos tiene delimitado el bien jurídico objeto de su derecho en base a criterios espacio-temporales, necesariamente han de existir otro u otros derechos que, referidos al mismo apartamento, individualicen su objeto en relación a otros períodos de tiempo. No hay, por tanto, sucesión de derechos sobre un mismo objeto, que deba solucionarse a través de una serie de transmisiones temporales y recurrentes, mediante la sucesiva extinción y posterior renacimiento de titularidades. Cada adquirente es titular de un derecho que, conformado según hemos visto por la utilización de módulos temporales, permanece en su patrimonio porque el bien jurídico objeto del mismo le proporciona la utilidad adecuada a sus intereses. Cada derecho

---

(144) *Vid.* CONFORTINI, *La multipropietà* I, cit., pág. 47, y SANGIORGI, *Multipropietà* ..., cit., págs. 39-40 y 74-76.

(145) En este sentido, CONFORTINI, *La multipropietà* I, cit., pág. 49

de propiedad pertenece *siempre* a cada adquirente, sin extinguirse y reaparecer anualmente, aunque quede delimitado, por razón de su objeto, al intervalo en el que aquél puede obtener del apartamento la utilidad correspondiente a su título de propiedad. Y no se extinguen durante dicho intervalo los derechos de los demás multipropietarios; éstos coexisten, situados en otra coordenada temporal, correspondiente al período que ha servido para individualizar el objeto jurídico de sus respectivos derechos (146).

4. Aunque para esta teoría los multipropietarios no son cotitulares de un derecho de propiedad sobre un mismo objeto, se reconoce la existencia en la figura estudiada de un importante *aspecto comunitario*, generado por la ya mencionada coexistencia de derechos, que precisan indudablemente de una cierta coordinación: los multipropietarios aparecen así como un grupo organizado para la tutela de intereses comunes (147).

Desde este punto de vista, *la multipropiedad presenta conexiones y analogías con la propiedad horizontal*, lo que contribuye a dar a nuestro instituto un fundamento de Derecho positivo. La analogía entre ambas figuras, consideradas en su aspecto de organización de varios sujetos portadores de intereses iguales y confluyentes necesitados de coordinación, parece evidente (148). La diferencia radica en la diversa calificación de la estructura común, que en la propiedad horizontal es un bien —y como tal objeto de un particular derecho de copropiedad—, mientras que en la multipropiedad no asume relevancia jurídica autónoma, pues únicamente se considera en su consistencia material de *cosa*, por tanto sólo como elemento físico de un bien; como consecuencia de tal diversidad, en la propiedad horizontal la agregación entre los derechos exclusivos singulares viene dada por el hecho de ser cada titular copropietario del bien común, mientras que en la multipropiedad el efecto unificante procede de la existencia de un denominador común a cada uno de los derechos exclusivos, constituido precisamente por la misma *cosa*.

No cabe por ello distinguir aquí entre las limitaciones que afectan al goce del bien común y las que afectan a los derechos de propiedad exclusivos: las normas de comportamiento dirigidas a tutelar la integridad de la

---

(146) *Vid.* CONFORTINI, *La multipropietà* I, cit., págs. 46-47, y HERRERO GARCÍA, *ob. cit*, págs. 130-132 y 138.

(147) *Vid.* SANGIORGI, *Multipropietà...*, cit, págs. 68-69, 89 y 99-100, e intervención en VV AA., *Multiproprietà. Confronto...*, págs. 57-58, y HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 138, 146 y 108. Alude en esta última a la existencia en la figura estudiada de un «cierto 'aura' de comunidad, en cuanto que el derecho de cada propietario coexiste con el de los otros propietarios, teniendo 'en cuenta común' el interés hacia la cosa, apartamento, cuyas utilidades son objeto de disfrute por todos los titulares»

(148) Así, SANGIORGI, *Multipropietà...*, cit, pág. 129.

estructura común —y a través de ésta el mejor goce de cada titular, en una sucesión ordenada de los mismos— afectan exclusiva y directamente al bien privativo de cada multipropietario. Esta estrecha conexión origina una mayor necesidad de coordinar el ejercicio de los varios derechos vinculados por un factor agregante.

Otro aspecto diferencial radica en el hecho de que existe en la propiedad horizontal una cohabitación de la pluralidad de titulares, mientras que en la multipropiedad se suceden éstos en el uso de la vivienda. Pero aunque ello influye sin duda en el tipo de conflictos que pueden surgir —determinados, en un caso, por la convivencia y, en el otro, por encontrarse la posibilidad de goce de cada uno subordinada al puntual y correcto uso que los otros hagan de la misma estructura—, no excluye que ambas instituciones requieran una análoga técnica de coordinación de las actividades de goce de los bienes, a través de intervenciones que afectan al uso de la estructura común.

Cabe fundamentar, finalmente, en la norma que en sede de propiedad horizontal atribuye al grupo de sujetos interesados el poder de disciplinar el uso de la estructura común (149), y por tanto también el goce de los bienes singulares, las prescripciones obligatorias que afectan al bien objeto de la multipropiedad (150).

5.1. *En contra de la tesis expuesta hasta aquí* se ha argumentado, en primer lugar, que *la propiedad únicamente puede recaer sobre cosas o sobre bienes en sentido jurídico,* y el tiempo ni es una cosa, ni tampoco un bien inmaterial susceptible de utilidad, sino que es tan sólo una abstracción, un mero concepto que no puede como tal constituir objeto de derechos; afirmar lo contrario sería una prosopopeya jurídica inaceptable. El tiempo puede únicamente desempeñar la función de delimitar el objeto, pero no la de serlo él mismo (151). No creo, sin embargo, que se trata de una crítica merecida, pues los defensores de esta teoría afirman precisamente que el factor tiempo es un elemento esencial para la delimitación del objeto de la multipropiedad (152), y no que aquél constituya exclusiva y directamente dicho objeto.

5.2. Ahora bien, *la utilización de un módulo temporal para la delimitación del objeto de la multipropiedad ha sido también criticada,* afirmán-

(149) Para el Derecho italiano, se trata del artículo 1.138 del *Códice;* para el español, de los artículos 5.4 y 13.4 de la Ley de Propiedad Horizontal.

(150) *Vid.* con relación a las vinculaciones entre multipropiedad y propiedad horizontal, SANGIORGI, *Multiproprietà...*, cit , págs 89, 99-101 y 126-131, e intervención en *Multiproprietà. Confronto ...*, cit , pág. 58.

(151) Así, LEYVA, *ob cit.*, págs 49 y 75.

(152) *Vid.* CONFORTINI, *La multiproprietà* I, cit , pág. 48, y SANGIORGI, *Multiproprietà...*, cit., págs. 37 y 40.

dose que si se analizan tanto la dogmática del negocio jurídico como la de las situaciones jurídicas subjetivas y la de las relaciones jurídicas, se observa que el tiempo ha sido siempre considerando en función del contenido, pero nunca del objeto (153). Frente a ello se dice que semejante configuración del objeto del derecho de propiedad encaja en la lógica del sistema y es compatible con ella, aunque sólo ahora haya recibido concreta actuación práctica, por haber madurado ciertos presupuestos socioeconómicos que han originado un nuevo interés, merecedor de satisfacción (154).

5.3. Se critica, por último, la tesis de la propiedad espacio-temporal o cuatridimensional, precisamente *porque la misma se fundamenta en el instrumento jurídico de la individualización de inmuebles.* Ahora bien, esta operación ha sido tradicionalmente considerada —y si se afirma en la única monografía que sobre el tema se ha escrito, y a la que además se remiten expresamente los partidarios de la teoría analizada (155)— como un acto real o material, dirigido a modificar la consistencia objetiva de un

---

(153) Así, NATOLI, en VV.AA., *Multiproprietà. Confronto* .., cit., págs. 206-207.

(154) En este sentido, SANGIORGI *Multiproprietà...*, cit., pág. 51. En las páginas precedentes analiza diversos supuestos que le conducen a constatar que, además de la multipropiedad, existen en el Derecho italiano varias hipótesis en las que la colocación del bien en el tiempo adquiere relevancia jurídica autónoma. las cosas (es decir, la componente material de los bienes), son también objeto de consideración como fenómenos de duración, en cuya determinación el tiempo desempeña el papel de elemento constitutivo. Y menciona al respecto, entre otros, el artículo 1.081 del *Código,* que a propósito de la servidumbre de saca de agua, define el módulo o unidad de medida del agua corriente, constituido por «un cuerpo de agua que discurre en la cantidad constante de cien litros al segundo», de modo que aquí el objeto del derecho —el bien agua— viene individualizado a través de un criterio que se sirve del tiempo, el artículo 747, en materia de colación, establece la necesidad de tener en cuenta al respecto «el valor del inmueble al tiempo de abrirse la sucesión», tomando así en consideración un bien en un momento anterior a aquel en que se realiza el evento disciplinado; de modo similar, el artículo 748 atribuye relevancia a la dimensión temporal del pasado, prescribiendo que las mejoras deben computarse dentro de «los límites de su valor al tiempo de la apertura de la sucesión», y el 985, aunque toma en consideración el presente cuando atribuye al usufructuario el derecho a «una indemnización por las mejoras que subsisten en el momento de la restitución de la cosa», es, sin embargo, expresión de una técnica análoga: la de delimitar a través de un módulo temporal aquel aspecto del bien que debe ser tomado en consideración, con el fin de solucionar un conflicto de intereses. Similares consideraciones se han hecho recientemente con respecto al *término esencial,* afirmándose que en tal supuesto el tiempo constituye una característica esencial e imprescindible de la cosa, puesto que, transcurrido aquél sin que la prestación se haya cumplido, su objeto pierde, al menos para las partes, su identidad intrínseca, entendida como aptitud para satisfacer determinado interés Supuestos semejantes pueden, sin duda, encontrarse en el Derecho español (*vid.,* por ejemplo, los arts. 458, 472, 1.045, 1.049, 1.359.2, 1.421 y 1.425 del Código Civil).

(155) Me refiero a la obra de AURICCHIO, *L'individuazione dei beni inmobili,* Nápoles, 1960, pág. 62.

bien (156), característica indudablemente ausente en una individualización que se opera mediante un criterio temporal (157).

Se ha dicho, frente a tal argumento, que incluso desde la perspectiva tradicional, que agota la individualización en la delimitación espacial, es posible y oportuna una revisión crítica del papel o del modo de entender la componente material de tal operación. Puesto que la función de ésta es la de distinguir en una continuidad espacial un nuevo bien, diferenciado de los otros, tal resultado puede considerarse logrado siempre que se haya obtenido una recognoscibilidad objetiva de la enucleación de una porción determinada. Procurando tal recognoscibilidad es como el acto de individualización incide sobre la realidad externa y presenta aquella componente material que lo caracteriza. No se exige, por tanto, necesariamente la modificación física del ambiente (como la que se produce, por ejemplo, mediante la construcción de muros o la colocación de mojones), siendo suficiente con utilizar las realidades externas ya existentes (como la indicación de características naturales o artificiales, la determinación de distancias, etc.). Sin desconocer con esto la componente objetiva del acto de individualización, se quiere poner en evidencia que la misma puede concretarse en una simple descripción en lugar de realizar una actividad que se plasma directamente sobre la cosa, es posible recurrir sencillamente al uso de la palabra, creando con ella una reproducción de la realidad externa reconocible por los terceros. Desde este punto de vista, la única diferencia entre la individualización por medio de módulos especiales y la que utiliza criterios temporales, radica en que en el primer caso siempre cabe realizarla directamente sobre la cosa, mientras que en el segundo el instrumento lingüístico no se puede materializar en otros signos (158).

II. *La propiedad dividida*

1. Aunque con formulación parcialmente diversa, creo que coinciden en esencia con la tesis expuesta las opiniones, que, en la doctrina española, encajan la figura de la multipropiedad en el esquema de la vieja *propiedad dividida*.

Es sabido que la realidad jurídica nos muestra una serie de figuras

(156) Así, GARCÍA CANTERO considera elemento indispensable de la individualización «el acto material, que puede consistir en cualquier signo apto para deslindar un inmueble (por ejemplo, la colocación de hitos o mojones, el trazado de la línea divisoria ..)» (*ob. cit.*, pág. 866).

(157) *Vid.* la crítica formulada en este sentido por CALO y CORDA, *ob. cit.*, páginas 79-80.

(158) En este sentido, SANGIORGI, *Multiproprietà* .., cit., págs. 59-62.

reales que inciden sobre la del dominio pleno, desmembrando éste en base a los sujetos, el contenido o el objeto.

En el último de los supuestos mencionados se trata de hacer objetos diversos de lo que antes constituía un objeto único y, en consecuencia, derechos múltiples de lo que era hasta entonces un derecho unitario. Ello —que presupone como mínimo la divisibilidad del objeto o de sus distintos aspectos o modos de manifestarse— puede ocurrir de dos formas:

— o bien el objeto se fracciona radicalmente, de manera absoluta, atribuyéndose cada fracción a un titular distinto, supuesto éste que no nos interesa ahora;
— o bien el objeto se divide de forma relativa, sólo parcialmente, manteniendo su unidad fundamental: para ello se aíslan o individualizan sectores o aspectos o formas de manifestarse aquél, convirtiendo a cada una de éstas en referencias objetivas, por separado, derechos individuales.

Es en este último apartado donde se incardina la figura denominada comunidad *pro diviso* o, más correctamente, propiedad dividida o separada (159). Existe en ella una pluridad de derechos de propiedad que concurren sobre distintos objetos, los cuales se encuentran, sin embargo, en estado de conexión física o material (160). No se trata, pues, de una copropiedad —y de ahí las objeciones que cabe hacer a la primera de las denominaciones mencionadas—, sino de un conjunto de propiedades distintas y sólo aproximada respecto del objeto si las varias partes de la cosa están unidas.

El supuesto más típico consiste en la distribución de los aprovechamientos de una finca entre dos o más personas, pero no de forma alícuota o proporcional (copropiedad), sino de modo que pertenezcan unos a una (como la caza o la siembra) y otros a otra (por ejemplo, el arbolado). Cada titular tiene, en estos casos, un derecho exclusivo sobre el objeto inmediato de su propiedad —la caza, la siembra, etc.—, sin que el hecho de que las facultades que configuran tal derecho se ejerzan sobre un objeto mediato —la finca— que es el mismo para todos, altere el contenido de cada uno de esos derechos. Hay aquí una evidente comunidad de intereses, pero no una hipótesis de copropiedad.

La figura estudiada puede, en suma, describirse como la presencia de varias titularidades distintas sobre un mismo objeto mediato *(res),* de

(159) *Vid.* GARCÍA AMIGÓ «Condominio *pro diviso* o propiedad separada», *RDP,* 1974, pág. 177.
(160) Así, CASTÁN *Derecho civil....* II, 1, cit., pág. 434.

modo que todas tienen un soporte físico común, pero cada una recae sobre su propio objeto inmediato (los distintos aprovechamientos).

2. *¿Cómo se aplican las anteriores conclusiones a la multipropiedad?* Pues bien, entendiendo que en este caso la concurrencia de varios derechos cualitativamente iguales sobre la misma entidad física genera un conflicto de intereses para cuya solución no se sigue el criterio de atribuir a cada titular distintos aprovechamientos materiales, sino que se adopta un módulo meramente temporal —lo que constituye una manera como otra cualquiera de repartir las utilidades de una cosa—, mediante la distribución de períodos de tiempo para el disfrute de *todos* los aprovechamientos que el objeto pueda ofrecer.

Lo que la adopción de este módulo hace es, en definitiva, atribuir un objeto inmediato para cada uno de los derechos concurrentes: el disfrute, durante un determinado período de tiempo, de la vivienda en cuestión. Cada sujeto es titular de un auténtico derecho de propiedad, con la característica de que el uso del bien material —objeto mediato— queda reducido a un período anual preestablecido, fuera del cual no hay en realidad más que una privación de una parte del contenido normal del dominio —la facultad de disfrute—, lo cual no impide la subsistencia de éste como tal.

En esta línea puede definirse nuestro instituto como un supuesto de concurrencia de una pluralidad de autónomos derechos de propiedad que, recayendo cada uno sobre su propio objeto inmediato (las diferentes fracciones espacio-temporales), tienen como objeto mediato común el inmueble sobre el que se materializa una parte del contenido del derecho, precisamente la relativa a la facultad de uso del apartamento (161).

---

(161) Esta configuración de la multipropiedad es apuntada en 1979 por LACRUZ (*Elementos*.. III, 1, pág. 181) quien dentro de la categoría general de la propiedad dividida reconoce, junto a la división por facultades jurídicas y por disfrutes materiales, la posibilidad de división por tiempo de utilización, incluyendo en este apartado la figura de la multipropiedad· «La posibilidad de una pluralidad de dominios —dice—, uno solo en cada época, como cuestión de principio me parece indudable» La desarrolla posteriormente ROCA GUILLAMÓN, a quien sigo fundamentalmente en el texto (*vid. ob. cit.*, págs. 314-329), y la acepta más tarde O'CALLAGHAN (*Promoción*..., cit., pág. 26), si bien éste insiste en que se trata realmente de un tipo de copropiedad, y propone incorporar al Código Civil una nueva disposición que regule la figura con arreglo al siguiente tenor «En caso de multipropiedad sobre una cosa a tiempo compartido, no son aplicables los artículos 392 a 406. En el título constitutivo se fijarán expresamente los turnos por los que se concreta la distribución del tiempo de aprovechamiento de cada copropietario... Cada propietario tendrá el aprovechamiento de la cosa en el tiempo que por su turno le corresponda» (*Promoción*..., cit., pág. 100). DE LA CUESTA considera aceptable la configuración de la multipropiedad como un supuesto de propiedad dividida, aunque no deja de señalar sus inconvenientes (*vid. loc. cit.*, págs. XIX-XX), y ROMA RIERA se ocupa también de esta construcción, señalando argumentos favorables y contrarios a la misma (*vid. ob cit.*, págs 332-333)

3. La presencia de varios derechos distintos excluye, como ya he señalado, la idea de cotitularidad. Pero la existencia de una *comunidad paralela de intereses* es necesaria para, a partir de ella y dentro de su ámbito, tratar de ordenar el ejercicio de cada uno de aquellos derechos de propiedad.

ROCA GUILLAMÓN ha analizado esta situación recurriendo al concepto de *comunidad de derechos personales* como expediente explicativo de la aglutinación de derechos cualitativamente iguales en torno a un objeto material común; en relación con los gastos de conservación y reparación del mismo. En su opinión, no existe en nuestro ordenamiento obstáculo legal ni dogmático a la utilización del concepto de comunidad para explicar estas situaciones de coincidencia de intereses comunes que, generando relaciones de carácter personal, no puede sin embargo afirmarse que sean de naturaleza *propter rem,* ya que aun cuando exista un objeto material común que actúa como centro de referencia de todas ellas, cada una se origina en un título diverso, genético de derechos cualitativamente iguales, pero independientes los unos de los otros, teniendo cada cual por tanto, su propio objeto inmediato. La regulación de estas relaciones sólo puede hacerse reconociendo a la autonomía privada la posibilidad de autorreglamentar sus propios intereses en orden a la consecución del fin económico-social perseguido con la creación de la figura. Reconoce ROCA, con todo, que en el caso de la multipropiedad el tema no presenta gran trascendencia práctica, ya que en el título adquisitivo suelen aparecer detalladamente previstas estas circunstancias (162).

4.1. Analizando ahora algunos detalles concretos del funcionamiento de la multipropiedad configurada como propiedad dividida, se afirma, en primer lugar, que no procede en ella la acción de división que el artículo 400 del Código Civil establece para los supuestos de comunidad romana, por no ser ésta la calificación correspondiente a la figura estudiada, de modo que sólo el acuerdo unánime de los titulares podría originar la división (163). Por otro lado, aun no siendo aplicable a la multipropiedad el concepto de cuota ideal de la comunidad *pro indiviso,* se considera inevitable la fijación de cuotas de participación, cuando menos a efectos de determinar la contribución a los gastos y el reparto del activo en caso de extinción. Se trataría de un concepto asimilable al de participación *—quotenleitung—* de la comunidad germánica, permanente e indivisible. Para su fijación habrá de tenerse en cuenta la duración y la «calidad» (temporada alta o baja) del período de cada multipropietario (164). La

(162) *Vid. ob. cit.*, págs 324-328.
(163) Asi, O'CALLAGHAN, *Promoción...*, cit., págs. 65-66.
(164) En este sentido, O'CALLAGHAN, *Promoción...*, cit., págs. 59-60 y 97.

mayoría de cuotas será también el criterio adecuado para la administración del inmueble —por aplicación de los principios generales del Derecho, deducidos de los artículos 398 del Código Civil y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal—, sin perjuicio de que con frecuencia resulte aconsejable que la mayoría ejerza esta función indirectamente, designando un administrador o gestor (165).

4.2. Se ha señalado, por otro lado, que en el caso de que el inmueble sujeto a multipropiedad forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal, la participación de los multipropietarios en la Junta de ésta puede ser diferente según que se configure aquella institución como un supuesto de comunidad romana o como una hipótesis de propiedad dividida: pues, en el primer caso, la representación en la Junta correspondería a uno solo de ellos, designado por el resto, según se desprende del artículo 14.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, mientras que si se admite que cada uno de ellos es titular de un derecho pleno sobre su propio objeto inmediato, pudiera acaso pensarse en la presencia personal de todos en la Junta, actuando cada uno en su propio nombre y derecho (166).

4.3. En cuanto a la procedencia o no del retracto legal de comuneros, no existe acuerdo entre los dos autores que con mayor detalle se han ocupado de esta teoría. Mientras ROCA GUILLAMÓN entiende que se trata de un problema que afecta a la multipropiedad cuando ésta se configura como una comunidad ordinaria o por cuotas (167), de donde cabe deducir que no hay problema alguno cuando la misma se acoge a los moldes de la propiedad dividida —que no es para este autor, ya lo hemos visto, una hipótesis de comunidad—, O'CALLAGHAN considera que el artículo 1.522 del Código Civil es aplicable a todo tipo de copropiedad —no solamente a la romana—, y, por tanto, también a la multipropiedad, que el encuadra en el ámbito de la copropiedad, aunque se trate de una copropiedad *pro diviso,* con las facultades de aprovechamiento repartidas en el tiempo. Cree, sin embargo, que de *lege ferenda* los derechos de tanteo y retracto deben quedar excluidos de la regulación legal de esta figura, con el fin de que la misma pueda alcanzar sus objetivos. Por otro lado, entiende que la renuncia a tales derechos sería válida —de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil—, por no contrariar el interés ni el orden público ni perjudicar a tercero (168). Con respecto a la postura de ROCA,

(165) *Vid* O'CALLAGHAN, *Promoción...*, cit., pág. 63.

(166) Distinción puesta de manifiesto por ROCA GUILLAMÓN, *ob. cit*, páginas 329-330. Obsérvese cómo, en el sistema previsto por el Anteproyecto español, que examino más adelante, todos los multipropietarios de un piso, en el supuesto de la llamada *multipropiedad con pluralidad de viviendas,* forman parte de la Junta general.

(167) *Vid. ob. cit.*, pág. 333

(168) *Vid. Promoción...*, cit., págs. 67-69.

hay que recordar que precisamente la jurisprudencia se ha ocupado con mucha frecuencia, incluso desde antes de la vigencia del Código Civil, de la aplicación del retracto de comuneros a los supuestos de propiedad dividida, reconociéndoselo recíprocamente a los distintos titulares de los derechos separados (169).

5.1. Contra esta configuración de la multipropiedad se han levantado críticas, coincidentes en parte con las formuladas contra la doctrina italiana y que surgen, en último término, de la dificultad de establecer un derecho exclusivo cuyo objeto sea el tiempo, factor éste que se considera excesivamente sobrevalorado, hasta el punto de llegar a determinar un fraccionamiento de la propiedad; el tiempo —se dice— puede medir la duración de un derecho o de su ejercicio, pero nunca constituir su objeto: «El suponer que el objeto de un derecho pueda ser el tiempo —aunque se diga que es el objeto inmediato y que la cosa es, en tanto, soporte físico común, el objeto mediato— es... un importante error conceptual. El objeto de un derecho es una conducta determinada (dar, hacer o no hacer) o una cosa. El tiempo, y también el espacio son, como dice GATTI, conceptos de relación. Nunca el tiempo puede constituirse en objeto de un derecho...» (170).

Nuevamente he de mostrar mi desacuerdo frente a esta argumentación, pues no es el tiempo, sino —como ya he dicho (171)— *una fracción espacio-temporal,* lo que constituye en estos casos el objeto del derecho de cada multipropietario. Por eso puede afirmarse que esta teoría coincide sustancialmente con la italiana anteriormente expuesta: precisamente SANGIORGI, principal defensor de esta última, afirma que la vivienda sujeta a multipropiedad se encuentra «repartida *pro indiviso* entre los diversos multipropietarios» (172). En ambos casos, el factor tiempo, aplicado al inmueble mediante el reparto del uso del mismo en distintos períodos, origina la transformación de una misma *cosa* en una pluralidad *de bienes* (objetos de derecho) diferentes: cada uno de estos bienes está,

---

(169) *Vid.* GARCÍA AMIGÓ, *ob. cit.*, págs. 179-182

(170) El párrafo entrecomillado es de MARCELA TRANCHINI «Nuevas formas de contratación. El tiempo compartido», *Revista notarial (órgano del Colegio de escribanos de Buenos Aires).* núm. 781, julio-agosto 1985, págs. 674 y sigs., citada por MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit* , pág. 68. Resultan totalmente paradójicas estas afirmaciones en boca de una autora que dos años más tarde establecía una configuración del fenómeno multipropiedad idéntica a la que critica en LACRUZ y ROCA (cfr. *supra* nota 132). *Vid.* igualmente, en el sentido de estimar que con esta configuración el tiempo deviene objeto de un derecho de propiedad: DE LA CUESTA, *loc. cit.*, pág. XX; MARTÍNEZ PIÑEIRO, *ob. cit.*, págs. 67-68, y PAU, «Configuración...», cit., págs. 17-18.

(171) *Vid. supra.*

(172) *Multiproprietà...*, cit , pág. 90, en el mismo sentido PETRONE (cfr. *supra.).*

pues, constituido por *el inmueble considerado en un determinado momento cronológico*. Luego no es el tiempo el objeto del derecho de propiedad, sino sólo un elemento esencial para su determinación, elemento que opera sobre una entidad física, haciendo que la misma sirva de sustrato material a una multiplicidad de bienes.

Lo que ocurre es que, a mi juicio, la formulación de la doctrina italiana —con el recurso al concepto de *individualización* de inmuebles, y la distinción entre *cosa* en sentido empírico y material y *bien* en sentido jurídico— resulta técnicamente más depurada y clarificadora que la española, pues la distinción que hace ésta entre objeto mediato e inmediato adolece de mayor imprecisión y puede conducir efectivamente a pensar que es la cosa el primero y el tiempo el segundo; no queda así tan claro que el derecho recae sobre una fracción espacio temporal, es decir, sobre un bien obtenido mediante la aplicación a una cosa de un criterio de delimitación temporal. Con todo, a la doctrina española le cabe el mérito —al menos según los datos de que dispongo— de haber precedido a la italiana en la formulación de su teoría (173).

5.2. También se ha argumentado en contra de esta tesis la inespecificidad en nuestro ordenamiento de la división del dominio: a excepción del condominio, toda propiedad dividida es propiedad limitada, con la consiguiente reconducción de estos supuestos al campo de los *iura inre aliena* (174). Desde luego tendría razón quien así se expresa en el caso de que por «inespecificidad» se entendiera el hecho de no encontrarse regulada esta figura en el Código Civil. Pero lo cierto es que se ocupan de ella algunas leyes especiales, a efectos determinados y, lo que es más importante, que la misma vive al amparo de la autonomía de la voluntad y del Derecho consuetudinario, completados por los principios generales del Derecho, y que la jurisprudencia ha analizado con mucha frecuencia aspectos concretos de la institución (175). La doctrina reconoce, además, que se se caracteriza esta figura por la concurrencia de derechos separados sobre el mismo fundo, sin que ninguno de ellos pueda ser considerado como derecho real en cosa ajena (176).

---

(173) Pues LACRUZ la esboza en 1979 y ROCA GUILLAMÓN la desarrolla en 1982, en tanto que las monografías de SANGIORGI y CONFORTINI se publican en 1983.

(174) Crítica formulada con relación a la multipropiedad por LEYVA (*ob. cit.*, pág. 86), quien sigue al respecto las opiniones de SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA.

(175) *Vid.* GARCÍA AMIGÓ, *ob. cit.*, págs. 177-178.

(176) Así MIQUEL, en VV.AA., *Comentarios...*, cit., pág. 23.

CUARTA PARTE

CONFIGURACIÓN DE LA MULTIPROPIEDAD SEGÚN EL ESQUEMA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. BREVE ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO ESPAÑOL

I. La consideración del tiempo como objeto de un derecho de propiedad es, en cambio, característica definitoria de una tercera teoría —como veremos muy minoritaria— que, con el fin de conseguir una comunidad estable, construye la figura de la multipropiedad siguiendo el esquema de la propiedad horizontal.

1. Efectivamente, teniendo en cuenta que en esta hipótesis un mismo piso se destina al uso de varias personas, y puede por tal razón calificarse de *elemento común*, hay que preguntarse cuál será, en la multipropiedad, el objeto del derecho singular y exclusivo de propiedad que cada titular ostenta, por definición, en el régimen de propiedad horizontal. Se trata, indudablemente, del *período de tiempo, lo que —esta vez sí— nos coloca ante la cuestión de si puede el mismo ser objeto de derechos.*

En apoyo de tal configuración se ha aducido la progresiva desmaterialización que en la propiedad horizontal está experimentando el concepto de elemento privativo, según las teorías que lo reducen a un mero «volumen de aire» o al *espacio* delimitado por muros, suelo y techo (177).

2. Pero esta alegación no parece haber sido suficiente para vencer el rechazo de la doctrina frente a la configuración de un derecho cuyo objeto exclusivo sea el tiempo. Y, de hecho, ninguno de los autores españoles consultados apoya esta solución, que ha sido criticada por los pocos que se han ocupado de ella: su mayor defecto —dice PAU— no radica en los problemas prácticos que suscita —tales como la superposición de comunidades horizontales dentro de un mismo edificio, la dificultad para la adopción de acuerdos en las Juntas y la complejidad de los títulos constitutivos (178)—, sino en el abuso de analogía en el que incurre (179). Y

---

(177) Teorías de JULLIOT y SAVATIER, traídas a colación por BENNE quien manifiesta tímidamente su simpatía hacia esta construcción de la multipropiedad en «La propiété spacio-temporel» (Comunicación al LXXIII Congreso de Notarios, 1976), citado por PAU, «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 30.

(178) Inconvenientes mencionados por BENNE (*ob. cit.*, pág. 820), citado por PAU *ibídem*.

(179) *Ibídem*. *Vid* también MARTÍNEZ PIÑEIRO, quien señala que esta teoría nos coloca frente al grave dilema de si el tiempo puede ser objeto de derechos (*ob. cit.*, pág. 36), y O'CALLAGHAN, que la critica afirmando que la propiedad horizontal no es una copropiedad, en tanto que la multipropiedad sí lo es (*vid. Promoción...*, cit., pág. 27). También CASELLI pone de manifiesto la existencia de diferencias estructura-

naturalmente podrían trasladarse a esta teoría las críticas (injustamente) formuladas contra las tesis de la propiedad cuatridimensional y de la propiedad dividida, por considerar que las mismas convierten al tiempo en objeto de un derecho de propiedad (180).

Ello no obsta, sin embargo, para que tanto desde las filas comunitarias, como por parte de quienes configuran la multipropiedad como un supuesto de propiedad dividida o cuatridimensional, se ponga de manifiesto —ya lo hemos visto— la existencia de similitudes y puntos de contacto entre nuestra institución y la de la propiedad horizontal —puesto que en los tres supuestos se conjuga una faceta *privativa* con otra, más o menos acentuada, *comunitaria*—, lo que conduce a afirmar que, a falta de una normativa específica, la que regula esta última puede contribuir a disciplinar ciertos aspectos del nuevo fenómeno (181).

II. Pues bien, a pesar de los graves problemas dogmáticos que plantea esta construcción, y del casi nulo apoyo doctrinal con que la misma cuenta, se ha decantado por ella el Anteproyecto elaborado en el Ministerio de Justicia (182). En él se establece —dice su exposición de motivos— «un marco imperativo... estructurado técnicamente sobre el modelo de la propiedad horizontal». Y, efectivamente, a partir de su artículo 3.º reproduce,

---

les entre ambas instituciones (*vid. La multiproprietà...*, cit., págs. 43-45; «Un nuovo diritto...», cit., pág. 626, e intervención en VV.AA., *Multiproprietà Confronto...*, cit., pág. 25. De manera que el único autor que —según mis datos— parece mostrarse favorable a esta construcción es el francés BENNE (cfr. *supra*, nota 167)

(180) Cfr. *supra*, , págs. 17 y 18

(181) Así, PAU, MARTÍNEZ PIÑEIRO y MUÑOZ DE DIOS, entienden que deben conjugarse las normas de la comunidad de bienes y las de las propiedad horizontal (*vid.*, respectivamente. «La multipropiedad en el Derecho comparado», cit., pág. 61, artículo 20; *ob. cit.*, pág. 154, y *ob. cit.*, pág. 2), y COCA PAYERAS señala que la Ley de Propiedad Horizontal constituye instrumento idóneo para regular diferentes aspectos de la multipropiedad (*vid. ob. cit*, págs 18-19). Esta postura es criticada por O'CALLAGHAN, quien niega la existencia de similitudes y la consiguiente posibilidad de aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal a la multipropiedad, postura, a mi juicio, excesiva, especialmente si consideramos que la figura en cuyo ámbito encuadra este autor a la multipropiedad —la comunidad *pro diviso*— suele considerarse, en su versión tradicional de división por aprovechamientos materiales, estructuralmente próxima a la propiedad horizontal (*vid.* en este sentido LACRUZ, *Elementos...*, III, 2, cit., págs. 294-295).

(182) Dicho Anteproyecto ha sido dado a conocer por la revista *AC*, 1988, núm. 35, 735. Por otro lado, PAU aludía, en un artículo publicado en enero de 1988 («Configuración...», cit, págs. 25-28), a la existencia en el Ministerio de Justicia de una Comisión encargada de estudiar los problemas que plantea la multipropiedad, y elaborar un texto articulado que pudiera servir de base para una regulación de la figura, señalando que la misma se encontraba ya próxima a culminar su tarea, y comentando los criterios generales del texto en preparación. De la confrontación entre el ya concluido Anteproyecto y las observaciones de PAU, se deduce, sin embargo, la introducción de algunas modificaciones importantes a lo largo de la elaboración del mismo.

en ocasiones casi literalmente, buena parte de los preceptos de la Ley reguladora de esta figura, así como el artículo 396 del Código Civil. La multipropiedad queda configurada, por tanto, como *un régimen jurídico inmobiliario* —aludiéndose en varios preceptos del Anteproyecto al «régimen de multipropiedad»— figura ésta de cuyo concepto y característica me he ocupado ya (183).

1. Especifica, en primer lugar el texto proyectado que sólo pueden ser objeto de multipropiedad las fincas destinadas a vivienda, y que en el caso de que existan varias en un edificio, «será necesario constituir en multipropiedad» todas ellas (art. 2.1).

En esta última hipótesis se considera, pues, a la multipropiedad como un régimen jurídico que afecta *unitariamente* a la *totalidad* del edificio, en sustitución —a mi modo de ver— del régimen de propiedad horizontal, cuyos preceptos se aplicarán sólo supletoriamente, para regular aquellos aspectos no previstos por la nueva Ley (art. 1.4). Habrá entonces, según los términos utilizados por el Anteproyecto, una «multipropiedad con pluralidad de viviendas» (art. 3.2), supuesto en el cual se incardinan en un único régimen —el regulado por aquél— tanto la situación derivada de la existencia *en el edificio* de una pluralidad de elementos privativos y comunes, como la derivada de la presencia de una pluralidad de multipropietarios, titulares a su vez de elementos privativos y comunes *sobre cada piso*. Si la finca estuviera ya constituida en propiedad horizontal será necesario otorgar —dice el artículo 8.3— la correspondiente escritura de adaptación.

La afirmación de que en estos supuestos la multipropiedad desplaza al régimen de propiedad horizontal sobre el edificio viene avalada, a mi juicio, por la circunstancia de que si existen en él locales comerciales, aunque la distribución de los mismos en tiempos de uso se encuentra prohibida por el Anteproyecto, quedarán también sujetos, en lo demás, al régimen previsto por éste (art. 2.2).

2. Delimitado así el objeto de la multipropiedad, describe el artículo 3.º la estructura jurídica de esta figura, afirmando que «la propiedad separada de un tiempo de uso de una vivienda en multipropiedad, lleva inherente un derecho inseparable de copropiedad con los demás partícipes» (184), que recae sobre los elementos siguientes:

— El mismo piso y sus anejos; no es aquí el piso, por tanto, sustrato físico común a los distintos objetos de los diversos derechos de los multipropietarios, sino un bien perteneciente a todos ellos en virtud

(183) Cfr. *supra*, págs. 52 y 53.
(184) Cfr. artículo 396 del Código Civil.

de un derecho de copropiedad accesorio de su derecho de propiedad exclusiva sobre un «un tiempo de uso».

— En segundo lugar, son también comunes, lógicamente, los muebles, ropas y enseres colocados en el piso con carácter de permanencia y al servicio de la vivienda.

— Lo son igualmente —y éste es sin duda uno de los aspectos más originales de la normativa proyectada— «los días de cada ciclo temporal no configurados como tiempos de uso de la misma vivienda». Se refiere esta disposición —según se desprende de otro de los artículos del Anteproyecto— a aquellos días que —tal como viene sucediendo frecuentemente en la práctica— no hayan sido vendidos de forma exclusiva a ningún multipropietario, «por estar reservados para reparaciones y mantenimiento o por otra causa» (art. 8.1.2.ª). No siendo ese período propiedad privativa de ningún multipropietario, queda configurado como elemento común, destinado al servicio y utilidad de todos ellos. Nuevamente aparece, pues, el tiempo como objeto de un derecho de propiedad, compartido esta vez por una pluralidad de sujetos.

— En el caso de que el inmueble cuente con una única vivienda, «la cuota de copropiedad recae también sobre el suelo» y todos los elementos del edificio (art.3.3).

— Si por el contrario se trata de una «multipropiedad con pluralidad de viviendas, los partícipes de cada una de ellas tienen, *además,* una copropiedad inseparable sobre todos los elementos comunes de la propiedad horizontal, expresada a través de la cuota correspondiente a su piso». Obsérvese —y el adverbio subrayado por mí así lo denota— que en este supuesto no está haciendo la Ley referencia —como en los anteriores— a la copropiedad inherente a la propiedad separada de un tiempo de uso, sino a un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, inherente al derecho de copropiedad que cada uno de los multipropietarios ostenta sobre alguno de los pisos del mismo, y proporcional a la cota que le corresponda, en relación con la que se atribuye al piso en el conjunto del inmueble. Refleja claramente este precepto la superposición de comunidades característica del régimen de «multipropiedad con pluralidad de vivienda», una de cuyas consecuencias es, según estamos viendo, la existencia de dos categorías de elementos comunes, y también, correlativamente, de elementos privativos:

  — los mencionados en los tres primeros apartados, a los que cabría denominar *relativamente comunes,* pues lo son sólo con respec-

to a los multipropietarios de cada vivienda, inherentes al derecho de propiedad exclusiva de un tiempo de uso de la misma, y que con respecto a la totalidad del edificio son, naturalmente, elementos privativos de cada una de las comunidades de multipropietarios, y

— los que pueden llamarse *absolutamente comunes,* por serlo para todos los multipropietarios del edificio, constituidos por los que revisten este carácter en el régimen de propiedad horizontal, y sobre los que recae un derecho de copropiedad inherente al existente sobre los diversos pisos.

Naturalmente queda excluida, con palabras casi idénticas a las que utilizan los artículos 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código Civil, la posibilidad de ejercitar la *acción de división* «para cesar la multipropiedad que regula esta Ley» —exclusión que sin duda se refiere, en su caso, a ambos tipos de elementos comunes—, sin que quepa tampoco embargar, enajenar o gravar las partes comunes con separación del tiempo de uso a que correspondan (art. 4.º).

3. El derecho de copropiedad sobre los elementos relativamente comunes viene expresado en una *cuota centesimal, que se calculará «según el valor de cada tiempo de uso en relación con el del piso y demás bienes comunes sobre que recae»* (art. 3.2). Aunque nada diga el Anteproyecto, dicho valor se medirá sin duda en función de dos parámetros:

— la duración de cada período, lo que equivaldría al criterio de «la superficie útil de cada piso o local» y al del «uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios y elementos comunes», utilizados en la propiedad horizontal (185), y

— La mejor o peor *ubicación* del mismo dentro del ciclo temporal (temporada alta, media o baja), lo que equivaldría al «emplazamiento interior o exterior del piso» y «su situación», en la Ley de Propiedad Horizontal (186).

La mencionada cuota sirve:

— Para determinar la contribución de cada multipropietario a los gastos que origine el piso, sus instalaciones, tributos, cargas y responsabilidades que no sean de cargo personal de alguno de los partícipes (art. 9.6.º) (187).

---

(185) Cfr. artículo 5.3.
(186) Cfr. *ibídem.*
(187) Cfr. artículo 9.5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

— Para determinar, tratándose de un edificio con varias viviendas, la contribución de cada multipropietario a los gastos que correspondan a su piso para el adecuado sostenimiento del inmueble del que aquél forme parte, sus instalaciones, servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización o imputables a uno o varios pisos o locales, y ello conforme a la cuota de participación atribuida a cada piso, o según lo especialmente establecido al respecto (vid. art. 9.7.º). Se regula aquí, por tanto, el sistema para distribuir entre los multipropietarios de cada piso los gastos que a éste corresponden con relación a los elementos absolutamente comunes, dividiéndose para ello la parte correspondiente a la vivienda —según su cuota de participación u otro criterio— entre todos los multipropietarios, en proporción a la cuota de cada uno. Por otro lado, para el cobro de los gastos comunes establece al Anteproyecto un sistema muy similar al previsto por el artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal (188).

— Para la adopción de acuerdos en la Junta de multipropietarios, pues, se requiere, en primera convocatoria, el voto favorable de la mayoría de los propietarios y partícipes que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria bastará el de la mayoría de propietarios asistentes, siempre que ésta represente más de la mitad del total de cuotas presentes (vid. art. 14.2) (189). Existen, no obstante, ciertos acuerdos que necesitarán en cualquier convocatoria el voto favorable de las dos terceras partes de todas las cuotas de participación existentes en la multipropiedad (190). Recuérdese que en todos estos casos estamos aludiendo a las cuotas *personales* de cada multipropietario con respecto a los elementos relativamente comunes, y no, como sucede en la propiedad horizontal, a las que a cada piso se atribuyen con relación a la totalidad del edificio.

4.1. El régimen de multipropiedad *puede establecerse* mediante *título*

---

(188) «El pago de los gastos comunes —dice el artículo 10.1— deberá hacerse en el tiempo y forma determinados por la Junta general. Si el obligado no lo hiciera, podrá el administrador exigirlo por vía judicial sin necesidad de requerimiento previo alguno, salvo si así se hubiera previsto en los estatutos.» «Cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para el cobro —añade el párrafo 2—, la certificación del acuerdo de la Junta probatorio de la liquidación de la deuda, será título bastante, a los efectos del número 1 del artículo 1.404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pueda decretarse el embargo preventivo de los bienes del deudor, siempre que tal acuerdo sea notificado.»

(189) Cfr. artículo 16 2.ª de la Ley de Propiedad Horizontal.

(190) Tales son, según el artículo 14.3, «los acuerdos sobre actos de disposición, de riguroso dominio o de gravamen de bienes inmuebles que sean comunes, los de alteración esencial de éstos o de los estatutos y los de modificación de los tiempos de uso.

constitutivo, cuyo contenido refleja claramente la superposición de comunidades característica del sistema previsto. Deberá recoger, así, la descripción del edificio sujeto a multipropiedad (art. 8.1.1.º) y, en su caso, la de los diversos pisos y locales que lo integren, expresando la cuota de cada uno y los demás requisitos del régimen de propiedad horizontal (art. 8. 1.2.º) (191). Y, ya como exigencias peculiares de la multipropiedad, habrá de señalar «la duración del ciclo de ésta» y, en la descripción de cada vivienda, «el número de tiempos de uso que tenga y la duración total de los mismos en el ciclo temporal», así como los días no configurados como tiempos de uso. Ha de contener el título, además, «la descripción de los tiempos de uso con numeración correlativa respecto de cada vivienda», expresándose «el día y la hora inicial y final» de cada uno y «la cuota que le corresponda en la vivienda» (art. 8.1.3.º). Recogerá también, finalmente, «las reglas de gobierno y administración de la multipropiedad, si no contaren en el estatuto» (art. 8.1.4.º).

Con respecto a este último extremo, señala el Anteproyecto que en la misma escritura en la que se otorgue el título constitutivo «se podrán contener normas que, formando o no un estatuto, ... configuren el contenido de los derechos o limiten su ejercicio», con relación a los elementos comunes y las partes privativas, los gastos, el gobierno, la administración y la extinción de la multipropiedad (art. 8.2).

4.2. No es, sin embargo, el título constitutivo, requisito indispensable en el sistema esbozado por el Anteproyecto, pues su artículo 8.4 admite lo que cabría denominar *multipropiedad de hecho,* afirmando que «existe el régimen de multipropiedad, aunque no esté otorgado el título constitutivo», en cualquiera de los casos previstos en el artículo 1.º y, por tanto, siempre que el dominio de una vivienda pertenezca a varios partícipes en *pro indiviso,* de manera que a cada uno corresponda, en exclusiva y frente a todos, un tiempo de uso que le confiera el disfrute de la vivienda durante un número de días continuos y determinados, que se reiteran en cada ciclo temporal (art. 1.2) o, con carácter más general siempre que exista una «atribución de posesión o disfrute, periódicos y reiterados, de una vivienda, cualquiera que sea la naturaleza o denominación que se dé al derecho» (art. 1.3).

Queda así resuelta, en cuanto a la multipropiedad, una cuestión sumamente discutida en materia de propiedad horizontal: la del momento en que la misma debe estimarse constituida, pues mientras un sector doctrinal y jurisprudencial aboga porque sea sólo cuando se formalice el oportuno

(191) Cfr. artículo 5.1 de la Ley de Propiedad Horizontal.

título, considera otro suficiente la circunstancia de que los distintos pisos de un edificio tengan diferentes dueños (192).

5. Siendo los tiempos de uso —en el régimen proyectado— objeto del derecho exclusivo de propiedad de cada partícipe, reciben un tratamiento coincidente en algunos puntos con el que se otorga a los pisos y locales —elementos privativos— en la Ley de Propiedad Horizontal.

Así, puede cada titular disponer libremente de los mismos, sin que la transmisión le libere de las obligaciones y responsabilidades a su cargo (art. 11.1) (193). Le está permitido, igualmente, ceder a tercera persona el disfrute de su derecho. En la enajenación de los tiempos de uso no existen derechos de tanteo ni de retracto en favor de los demás titulares (194), salvo que se hayan establecido en los estatutos y sin perjuicio de que puedan convenirse entre determinados partícipes para sus respectivas propiedades (art. 5).

Se contempla la posibilidad de que un mismo tiempo de uso pertenezca a varios cotitulares, en cuyo caso —por tratarse de un supuesto de comunidad *normal,* igual al que puede recaer sobre un piso de un edificio en régimen de propiedad horizontal— existirá el retracto de comuneros y procederá también la acción de división (195), ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 404 del Código Civil (art. 6.º). Se considera, por tanto, que el tiempo de uso es esencialmente indivisible, requiriéndose en consecuencia su adjudicación a uno de los condueños, que habrá de indemnizar a los demás, o la venta del mismo y el reparto del precio obtenido. No me parece, sin embargo, que existan argumentos sólidos para defender tal carácter: puede resultar factible, en muchas ocasiones, dividir «materialmente» un tiempo de uso entre sus cotitulares, siempre que la proporción entre el número de éstos y la duración del período a repartir lo permita (por ejemplo, cuatro cotitulares de un mes), y teniendo en cuenta que el Proyecto no establece un plazo mínimo de duración de los tiempos de uso (196): sólo que, por tratarse de un supuesto de modificación de los mismos —y de las cuotas correspondientes en la copropiedad— se requerirá para ello el voto favorable de las dos terceras partes de todas las cuotas de participación existentes en la multipropiedad *(ex* art. 14.3).

---

(192) *Vid.,* por todos, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO *Código de la propiedad horizontal,* Madrid, 1976, págs. 84-89.

(193) Cfr artículo 3.º *in fine* de la Ley de Propiedad Horizontal.

(194) Cfr. artículo 396.3 del Código Civil.

(195) Cfr. artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal. la acción de división «podrá ejercitarse por cada propietario *pro indiviso* de un piso o local determinado, circunscrita al mismo».

(196) Es este uno de los aspectos en los que el Anteproyecto difiere de las observaciones hechas por PAU con respecto a los trabajos de la Comisión. «Se fija —dice— una

Por otro lado, en el caso de la multipropiedad recae sobre cada tiempo de uso la afección real que en el régimen de propiedad horizontal vincula el piso o local al pago de los gastos comunes producidos en el último año y la parte vencida de la anulidad corriente, cualquiera que sea su propietario actual (art. 10.5) (197). Al valor del mismo queda, además, limitada la responsabilidad de cada partícipe en cuanto al pago de dichos gastos, y sobre él se ejecutarán, con preferencia a otros bienes, las obligaciones y responsabilidades de cada propietario en el caso de que se exigieran judicialmente (art. 10, 3 y 4).

Cada titular deberá, finalmente, «respetar la posesión pacífica y el disfrute de los tiempos de uso de los demás partícipes, y dejar libre el piso a que se refiere su tiempo de uso antes de la hora límite del día en que finalice» (art. 9.1.º), disposición en la que, a mi modo de ver, se refleja en cierta medida el carácter de *relaciones de vecindad* que revisten las que se dan entre los multipropietarios de una misma vivienda.

6. En cuanto a los órganos de la multipropiedad, los fundamentales son la *Junta general* y el *administrador*.

6.1. Se configura a la primera como el órgano soberano de gobierno, a cuyos acuerdos quedan sometidos el administrador y todos los propietarios, incluidos los disidentes y los que no hayan participado en la reunión. El artículo 13.4 establece que «en cada multipropiedad habrá una sola Junta general de la que formarán parte todos los partícipes», aunque los de cada vivienda «podrán tomar los acuerdos que a ellos mismos afecten siempre que no sean perjudiciales para los demás ni perturbadores de la buena marcha de los servicios comunes o de la administración» (art. 13.4).

Así pues, en la multipropiedad con pluralidad de viviendas, la Junta prevista en el Anteproyecto equivale a la Junta de propiedad horizontal, encargada de los asuntos comunes a todas ellas, puesto que los estrictamente particulares de cada una pueden ser resueltos por sus cotitulares, aunque la Ley omite especificar el procedimiento que haya de seguirse para ello. Pero, por otro lado, ya que, según la dicción literal del Anteproyecto, la resolución por los multipropietarios de cada piso de aquellas cuestiones que les afecten exclusivamente tiene carácter potestativo («podrán tomar»), cabe probablemente plantear dichas cuestiones ante la

---

duración mínima de los períodos. El establecimiento de una duración inferior a la permitida desnaturalizará la figura: se considerará 'explotación hotelera' y habrá de regirse por las disposiciones específicas de esta materia» («Configuración..», cit., pág. 26).

(197) Cfr. artículo 9.5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

Junta general, lo que no parece una solución lógica, ni justificable siquiera por la consideración de todo el edificio como una única multipropiedad.

Por otro lado, la figura estudiada presenta especiales características que sin duda han de ser tenidas en cuenta a la hora de regular la convocatoria y el funcionamiento de la Junta general: me refiero a la existencia, normalmente, de un número muy elevado de multipropietarios, la mayoría de los cuales, en la fecha de celebración de la Junta, no se encontrarán residiendo en el lugar. A este respecto, el Anteproyecto se limita a exigir que la convocatoria de la Junta ordinaria anula se haga cuando menos con treinta días de antelación, «para celebrarse en la quincena del año que determinen los estatutos» (art. 14.1). Así pues, la fecha de celebración de la Junta —que condicionará sin duda la posibilidad de asistencia a la misma parte para los diversos multipropietarios— ha de venir predeterminada estatutariamente; cabría pensar, a estos efectos, en el establecimiento de un sistema rotativo, que permitiera celebrarla cada año en diferente quincena, con el fin de no privilegiar arbitrariamente a determinados multipropietarios en detrimento de todos los demás; esta medida parece más necesaria si se tiene en cuenta que el Anteproyecto no prevé un sistema de voto por correo, sino que exige la asistencia a la Junta, asistencia que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, podrá ser personal o por representación legal o voluntaria.

6.2. Habrá también en cada multipropiedad un único órgano de administración —auténtico eje, según la exposición de motivos del Anteproyecto, de la organización establecida por éste—, que deberá ser una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (art. 17.1), y se encargará de ejecutar los acuerdos de la Junta y de gestionar los intereses comunes (art. 13.3), entendiendo por tales, no sólo los de la totalidad de los multipropietarios, sino también los de los de cada una de las distintas viviendas, ya que debe ejercer sus funciones «para todos los pisos y locales» (art. 16). Así, tendrá que «adoptar las medidas convenientes y realizar los actos y contratos necesarios para la conservación y defensa de las cosas comunes, la buena marcha de las instalaciones y servicios del inmueble y la utilización por sus titulares de sus respectivos tiempos de uso, incluso la reparación y reposición del mobiliario correspondiente» (art. 18.1). Debe velar igualmente por los intereses *individuales* de los multipropietarios, ya que le corresponde «dar y mantener en su posesión inmediata a los titulares de los tiempos de uso, y a tal efecto impedir la ocupación de la vivienda por quienes no tengan derecho al tiempo de que se trate, o instar un desalojo, para todo lo cual podrá pedir la intervención de las autoridades y funcionarios» (art. 18.2). Esta facultad es considerada por la exposición de motivos como «esencial para el buen gobierno de la comunidad».

6.3. El sistema de gobierno y administración previsto en el Anteproyecto puede ser sustituido, finalmente, por otro, convenido por los propietarios, «cuando en la multipropiedad el número de tiempos de uso no exceda de los veinticinco» (art. 13.7) (198). Teniendo en cuenta que se considera como una única multipropiedad la que recae sobre un edificio compuesto por una pluralidad de viviendas, el cómputo de tiempos de uso, a los efectos mencionados en esta disposición, deberá comprender los de todos los pisos del inmueble, de manera que no será frecuente la concurrencia de este supuesto, salvo que se trate de un bloque con muy escaso número de viviendas —cuyo uso se encuentre distribuido, además, en pocos períodos de larga duración—, o de un inmueble unifamiliar.

7. La exposición de motivos del Anteproyecto afirma que «el texto elaborado establece un marco que proporciona al adquirente una completa seguridad jurídica; le garantiza que adquiera su dominio de persona legitimada y con los requisitos precisos para ser mantenido en el derecho adquirido frente a todos. Certeza, garantía y estabilidad son las premisas del sistema inmobiliario que se dibuja en el texto, apoyado en la escritura pública y en el Registro de la Propiedad». Y, efectivamente, reviste gran importancia el papel que a la inscripción registral se atribuye en el régimen proyectado.

7.1. Señala, en primer lugar, el artículo 8.1 que el título constitutivo «se otorgará en escritura notarial, con arreglo a la legislación española, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad», de donde, a mi juicio, cabría deducir que la inscripción tiene aquí eficacia *constitutiva,* en el sentido de que no podrá considerarse jurídicamente existente el régimen de multipropiedad sobre un inmueble en tanto no se haya producido aquélla. Comentando esta disposición durante el proceso de elaboración del Anteproyecto, afirmaba PAU que dicha medida viene exigida por dos consideraciones básicas: la primera es la de que, con excepción del tiempo de vigencia del período de uso, durante el resto aparece el derecho del multipropietario como un derecho sin contacto posesorio, que es precisamente el tipo de derechos más necesitados de protección registral; y la necesidad de conocer hasta el detalle el régimen de la multipropiedad para acceder al mismo, aconseja, por otra parte, no consagrar con respecto a él un simple principio de inoponibilidad de lo no inscrito (199).

Ahora bien, si ésta es la conclusión que, a mi modo de ver, podría desprenderse del tenor literal de la norma examinada —conclusión que, además, parece coincidir, según las observaciones de PAU, con el propósito

(198) Cfr. artículo 16.2 de la Ley de Propiedad Horizontal.
(199) *Vid.* «Configuración...», cit., pág. 26

de la Comisión—, no cabe duda de que la misma se encuentra en flagrante contradicicón con lo que el párrafo 4.º del mismo artículo 8.º dispone respecto a las que he denominado *multipropiedades de hecho* (200). Compaginando ambos preceptos resulta, efectivamente, que caso de otorgarse título constitutivo sería necesario, *además,* para la existencia del régimen, la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad, en tanto que si no se otorga título, pero se dan simplemente las circunstancias fácticas precisas, estaremos, sin más, en presencia de un régimen de multipropiedad. Ello supone «penalizar» injustificada y arbitrariamente a las multipropiedades cuya constitución, en aras de una mayor claridad y seguridad, haya quedado plasmada documentalmente en la forma prevista en el Anteproyecto.

7.2. Afirma también el Anteproyecto que «cada tiempo de uso podrá ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad en folio independiente, relacionado con el del piso o vivienda a que pertenezca» (art. 8.1.3.º). Se permite, por tanto, que los tiempos de uso reciben la consideración de fincas registrales, lo que desde luego resulta congruente con su configuración como objetos de propiedad, aunque supone —nótese— la atribución a los mismos del carácter de bienes *inmuebles.* Se evita de ese modo la acumulación en un solo folio de los derechos de todos los multipropietarios de la misma vivienda, o incluso de los del edificio entero si se aplicara lo dispuesto en el artículo 218, *a),* del Reglamento Hipotecario—, favoreciéndose con ello una publicidad fácil y clara de los mismos, lo que resultará de especial utilidad por el hecho de requerir la transmisión de los tiempos de uso constancia en escritura pública e inscripción registral (art.8.5), que al parecer tiene también, en este caso, carácter constitutivo.

8.1. Una valoración general de este Anteproyecto —cuyas líneas maestras acabo de apuntar— debe tomar necesariamente en consideración las críticas y perplejidades que sin duda ha de suscitar la configuración de los «tiempos de uso» de la vivienda como objetos del derecho de propiedad exclusiva de cada multipropietario. A esta dificultad básica hay que añadir el carácter excesivamente complejo de la figura creada, al superponerse en ella —como hemos visto— un doble orden de elementos privativos y comunes, complejidad que aumenta por la exigencia, a mi juicio carente de fundamento, de que todas las viviendas de un edificio queden sujetas al régimen de multipropiedad.

A mi modo de ver, tales inconvenientes se hubieran evitado recurriendo sencillamente al concepto de comunidad *pro indiviso* con goce turnado,

(200) Cfr. *supra,* , pág. 56.

en cuyo caso, sustituida la propiedad separada de un tiempo de uso por la titularidad de una cuota con adscripción de un turno determinado, hubiérase podido mantener, en lo restante, el esquema básico de funcionamiento previsto en el texto. Parece haber sido ésta, además, la idea originaria de la Comisión, puesto que, comentando los trabajos de la misma, afirmaba PAU la configuración del derecho del multipropietario como *cuota dominical,* transmisible e indivisible (201).

8.2. La misma redacción del artículo 1.2 del Anteproyecto parece responder además, según ya se ha señalado (202), a esta concepción. De otro modo, la presencia del mismo en un texto que se autoproclama «estructurado técnicamente sobre el modelo de la propiedad horizontal» sólo podría explicarse, quizá, mediante la consideración de que en él ha quedado plasmada la tesis que considera a la propiedad horizontal como un supuesto de copropiedad sobre *todo* el edificio, con la peculiaridad de reservarse ciertas zonas del mismo para la utilización particular de cada condueño, aunque las facultades de éstos sobre dichas zonas no se limiten al uso y aprovechamiento, sino que comprendan todas las proyecciones dominicales, como aplicaciones concretas que son del derecho de copropiedad que el tiular ostenta: de ahí que cada departamento sea tratado, en ciertos aspectos, *como si fuera* objeto de un derecho de propiedad independiente (203). Sustituyendo, en la multipropiedad, el edificio entero por un solo piso, y la utilización exclusiva de ciertas zonas por el uso exclusivo durante ciertos períodos, sería ésta, a mi juicio, la construcción que permitiría una justificación aproximada del contenido del artículo 1.2 del Anteproyecto.

Pero el margen de que tal tesis no goce —de entre la pléyade de las que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal— sino de un minoritario respaldo doctrinal, lo cierto es que la misma no aparece reflejada en el resto del Anteproyecto, el cual, siguiendo la tendencia más arraigada en la doctrina y la jurisprudencia actuales, configura la multipropiedad según el modelo dualista, que ve en la propiedad horizontal una yuxtaposición de dos distintas clases de propiedad: la exclusiva sobre los pisos y locales y la compartida sobre los elementos comunes del edificio: en la multipropiedad, como hemos visto ya, propiedad exclusiva

---

(201) *Vid.* «Configuración...», cit , págs. 26-27.

(202) Cfr. *supra,* donde se encuentra transcrito este artículo.

(203) Tesis mantenida por DE LA CÁMARA, SOTO BISQUERT y GARRIDO CERDÁ *Vid.,* del primero: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», cit., págs 58-59, y de los tres conjuntamente «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en VV.AA., *Ponencias presentadas a los Congresos internacionales del Notariado latino,* II, Madrid, 1975, págs. 991-995.

sobre los períodos de uso y copropiedad sobre el piso, sus anejos y los días no reservados al uso de ningún titular.

El artículo 1.2 no resulta, pues, congruente con la configuración que el Anteproyecto ha pretendido dar a la multipropiedad. Es posible que el mismo constituya simplemente un residuo de la concepción comunitaria, hacia la cual, por ser mayoritaria en la doctrina y la práctica españolas, se orientaron inicialmente, al parecer, los trabajos de la Comisión.

8.3. Por otro lado, la exigencia de que todas las viviendas de un inmueble queden sujetas al régimen de multipropiedad puede contribuir a frenar la difusión de la figura, al excluirse así la posibilidad de constituirla en apartamentos de edificios no destinados íntegramente a tal fin. Cabe preguntarse si en este supuesto podrían los interesados, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, establecer un sistema de utilización turnada en el ámbito de una comunidad *pro indiviso,* con arreglo a todo lo anteriormente dicho al analizar la tesis comunitaria. La respuesta negativa encontraría fundamento en el artículo 1.3 del Anteproyecto, que dispone la aplicación del mismo «a toda atribución de posesión o disfrute, periódicos y reiterados, de una vivienda, cualquiera que sea la naturaleza y denominación que se dé al derecho»; de donde el mencionado sistema de disfrute quedaría subsumido en el marco imperativo de la Ley, la cual prohíbe su establecimiento en el caso de no afectar a todos los pisos del edificio.

Y, como cuestión en cierto modo inversa a la anterior, cabe también preguntarse en la mencionada exigencia podría impedir la concentración de todos los «tiempos de uso» de un piso en manos de una misma persona. Se trata de saber, en realidad, si tal fenómeno supondría la conversión del régimen de multipropiedad en un supuesto de propiedad ordinaria, con la consiguiente extinción del primero, tal como prevé para la propiedad horizontal el artículo 21 de la Ley. De ser así, y dado que en un edificio con pluralidad de viviendas todas ellas deben estar constituidas en multipropiedad, resultaría mermada la libertad de disposición de los multipropietarios, pues no podrían todos los de un piso vender sus respectivos períodos de tiempo —simultánea o sucesivamente— a una misma persona, con el fin de evitar la extinción del régimen de multipropiedad sobre aquél, y el consiguiente incumplimiento de dicha exigencia. Ahora bien, precisamente el carácter de régimen jurídico inmobiliario que el Anteproyecto atribuye a la multipropiedad permite salvar este escollo, pues no estamos en presencia de una mera situación subjetiva y, como tal, circunstancial y variable, en la que la existencia de los tiempos de uso dependa en cada momento de la efectiva existencia y del número de los cotitulares, de modo que reducido éste a uno solo nos hallemos ante un supuesto de

propiedad exclusiva, sino que nos encontramos ante una *cualidad jurídico-real del inmueble,* una *situación objetiva* en la que los tiempos de uso se asignan al inmueble —en el título constitutivo—, de forma inmediata, previa e independiente de la presencia de los titulares. Y, en consecuencia, de la misma forma que puede existir el régimen de multipropiedad antes de haberse iniciado la venta de los tiempos de uso, aquél subsistirá, y se mantendrá invariable el título constitutivo, en el caso de producirse una ulterior concentración de todos los períodos en una sola persona (204). Otra cosa sería que el titular de los mismos pretendiera extinguir *expresamente* el régimen de multipropiedad; ello, además de requerir modificación del título constitutivo, sí resultaría incompatible con la exigencia del artículo 2.1. Pero, repito, la sola concentración de todos los tiempos en una mano no produce *automáticamente* tal extinción.

8.4. El artículo 1.3, al que me he referido un poco más atrás (205), originará la aplicación de la nueva Ley a cualquier figura que los interesados establecieren con el fin de obtener un resultado práctico igual o similar al conseguido mediante la figura regulada en aquélla: utilización temporal y periódica de una vivienda. Hay que preguntarse, por ello, hasta dónde llegaría esta aplicación imperativa de la Ley de multipropiedad a una situación que no responde exactamente a los esquemas seguidos por la misma: así, si lo copropietarios *pro indiviso* de un chalé establecen para su utilización un régimen de uso por turnos, con exclusión de la acción de división, etc., ¿logrará la aplicación de la Ley de multipropiedad que donde había cuotas indivisas haya ahora derechos de propiedad exclusivos sobre un período de tiempo...?

ANA SEISDEDOS

(204) Con respecto al concepto y las características de los regímenes jurídicos inmobiliarios, *vid* lo dicho *supra* Comentando el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal señala LACRUZ, en idéntico sentido al apuntado en el texto, que en las que este precepto llama hipótesis de *conversión en propiedad ordinaria* no se opera automáticamente la desaparición del estatuto de la propiedad horizontal, sino que esta manera de ser de la propiedad continúa *en potencia,* y renaudará su funcionamiento *en acto* en el momento en que vuelva a enajenarse uno de los tiempos de uso (*vid Elementos...,* III, 2, cit, pág 336).

(205) Cfr. *supra*, pág. 56.

La función del Registrador y la seguridad jurídica (*)

SUMARIO: I LA FUNCION DE AUTENTICAR Y LA SEGURIDAD JURIDICA 1. EL INSTRUMENTO PÚBLICO REGISTRAL. 2. AUTENTICIDAD EXTERNA E INTERNA. 3. EFICACIA PROBATORIA Y OBLIGATORIA. 4 LA FE PUBLICA COMO CALIDAD AUTÓNOMA DE LAS ACTUACIONES REGISTRALES. 5. LÍMITES DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL. 6 FE PÚBLICA ORIGINARIA Y TRANSCRIPTIVA DEL ASIENTO Y CERTIFICADO REGISTRAL. 7. SITUACIONES REGISTRALES QUE SURGEN DE LA BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN: A) *Que el Registrador encuentre la información que corresponde a la encuesta formulada por el postulante.* B) *Que la inquisitoria resulte negativa porque no halle información* C) *Que exista una situación jurídica modificativa de la registrada, pero que no haya accedido al Registro.* D) *Que falle la técnica de búsqueda de la información y la respuesta resulte errónea.* E) *Que la solicitud de información haya sido mal formulada por el requirente y por consiguiente la respuesta registral no sea adecuada* F) *Que se cuele el dolo y que se falsifiquen los asientos o los certificados material o ideológicamente.* 8. CONCLUSIONES.—II. EL PROCESAMIENTO AUTOMATICO DE DATOS Y LA FUNCION DE AUTENTICAR· 9. DE LA LÓGICA CLÁSICA A LA LÓGICA FORMAL. 10 LA LÓGICA CLÁSICA. 11. LA LÓGICA MODERNA. 12. LA LÓGICA DIALÉCTICA. 13. LA LÓGICA DEÓNTICA 14. LA LÓGICA SIMBÓLICA. 15. INCIDENCIA DE LA INFORMÁTICA 16. PROGRAMACÍON 17. LA MODELÍSTICA. 18. LA RESPUESTA INFORMÁTICA. 19 EFICACIA PROCESAL DEL PROCESAMIENTO AUTOMÁTICO DE DATOS APLICADO A LA PUBLICIDAD REGISTRAL 20. INCIDENCIAS DEL DERECHO INFORMÁTICO 21. FRAUDE INFORMÁTICO. 22 CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO —III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PÚBLICO: 23. LEGITIMACIÓN PROCESAL. 24 LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. 25. CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.

I. LA FUNCION DE AUTENTICAR Y LA SEGURIDAD JURIDICA

1. EL INSTRUMENTO PÚBLICO REGISTRAL

Los asientos y traslados registrales son instrumentos públicos, y como tales son auténticos. Tienen por autor al Registrador. Son instrumentos públicos porque se ajustan a la definición del Código Civil. *Art. 1.574:*

(*) Comunicación al VIII Congreso Internacional de Derecho Registral de Buenos Aires, 1989.

> «Instrumentos públicos son todos aquellos que, revestidos de un carácter oficial, han sido redactados o extendidos por funcionarios competentes según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe.»

Como surge de la disposición transitoria, es necesario que el funcionario haya recibido de la Ley la misión de dar autenticidad a los actos en que interviene. Debe tener atribuciones legales para instrumentar; o sea, estar investido de una potestad pública y obrar en el ámbito de las atribuciones conferidas. En tal sentido, el Registrador actúa por razón de su cargo, es un órgano del Estado y al autenticar impone su actuación a los restantes órganos y a la comunidad.

Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe (1). Señala GALLINAL (2) que el calificativo de «auténtico» en sentido amplio designa todo escrito público o privado cuyo origen se halla probado. Pero en el sentido del artículo 1.575 tiene un sentido más limitado: hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, salvo el derecho de redargüirlo. Sin embargo, consideramos que en esto dos artículos nuestro Código determinó dos notas del instrumento público: *la fe pública,* que reviste con valor autónomo en la normalidad para la seguridad del tráfico jurídico y la eficacia probatoria. En este último aspecto es una prueba legal «probatio probata», porque está valorada por la Ley. Se puede impugnar por un solo medio: la querella de falsedad. La falsedad es el reverso de la autenticidad. NÚÑEZ LAGOS (3) señala que los modos penales de falsedad (material e ideológica), en su traducción positiva, son modos de autenticidad civil.

Es muy aceptable la distinción que hace NÚÑEZ LAGOS entre documento público intraestatal o supraestatal (4). Los actos registrales tienen una eficacia extensiva mayor que la del acto administrativo que resuelve

---

(1) Auténtico, dice el diccionario: acreditado de cierto y positivo/autorizado o legalizado; *que hace fe pública.*

(2) GALLINAL, RAFAEL. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil. De los instrumentos,* pág. 651.

(3) NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL *Documento auténtico en la casación civil,* pág. 94.

(4) Dice este autor que la expresión documento público tiene un significado amplio y otro estricto. En sentido amplio equivale a documento oficial del tráfico. La distinción la encuentra en el hecho que motiva el otorgamiento, según el cual tiene un valor intraestatal o supraestatal. Los primeros documentan la actividad interna del Estado sin pasar por el tráfico jurídico. Los segundos son elaborados dentro del rito formulario y están destinados al tráfico: no a un solo destinatario, no a la contraparte o al Juez. Son producidos *erga omnes.* Su valor de prueba es permanente: en favor o en contra. Ese conjunto de notas del documento público de tráfico ha sido designado con el nombre de «cartalidad» (*ob. cit.,* pág. 89)

un recurso, o una autorización de licencia, o un traslado, o la notificación de una resolución. El acto registral tiene una proyección «erga omnes» (5). Por consiguiente los documentos públicos que los contienen tienen eficacia supraestatal.

2 AUTENTICIDAD EXTERNA E INTERNA

La doctrina anota además dos aspectos en la autenticidad: la autenticidad externa, o sea, la apariencia oficial y la calidad de funcionario público del agente. Estas connotaciones hacen que se tenga por fiel la narración de los hechos que ha cumplido personalmente o los que ha presenciado. La autenticidad interna en cuanto supone la verdad de los hechos asegurados por el agente como percibidos por sí mismos: de *visu et audibus suis sensibus*.

3. EFICACIA PROBATORIA Y OBLIGATORIA

También la doctrina discrimina entre la eficacia probatoria y la eficacia obligatoria. Un instrumento público que consagra un contrato entre *A* y *B* tendrá para ambos fuerza obligatoria y probatoria. Para *C* tiene sólo fuerza probatoria. Al tercero *C* le prueba que ese acto sucedió realmente, pero no lo obliga. La fuerza obligatoria se refiere a los efectos y éstos se anulan, resuelven o rescinden por medio de otras acciones no por la tacha de falsedad. Un acto registrable puede contener errores y vicios de la voluntad que originen su anulabilidad, no obstante lo cual podrá ser auténtico El Registrador inscribe el acto viciado, pues no tiene otra inmediación que la que surge del propio documento. Su actuación registral también será auténtica. Los efectos del acto luego serán impugnados por la vía que corresponda, pero su autenticidad permanecerá incólume. DEMOULIN decía que era necesario no confundir la fuerza probante con la fuerza eficiente. NARVAJA anotaba: «una cosa es la fe debida al acto y otra el efecto que éste debe producir».

La fuerza probante —apunta LARRAUD— dice relación con la calidad de auténtico. Supone: *a)* el escrito que tiene la apariencia de auténtico y *b)* el agente que lo suscribe es reputado como un narrador fiel de los hechos que él mismo ha cumplido o que han pasado ante él (6).

---

(5) BARDALLO, JULIO R.: «La fe pública notarial», *Rev. AEU T 65*, «La autenticidad es un producto, el resultado de un agente público, que presencia el hecho y sus circunstancias, lo sitúa en el tiempo y en el espacio, lo representa en el documento y asegura su fidelidad, para que sea creído y tenido por verdadero».

(6) LARRAUD, RUFINO *Curso de Derecho Notarial*, pág. 513

4. La fe pública como calidad autónoma de las actuaciones registrales

El Maestro COUTURE expresaba que la fe pública es la calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos notariales (7). Nos permitimos discrepar con el maestro. Consideramos que de la definición del artículo 1.574 del Código Civil surge diáfanamente el concepto de fe pública extendido a todo instrumento público.

La doctrina didácticamente ha distinguido entre la fe pública legislativa, administrativa, judicial y notarial, habida cuenta de los hechos materia de la fe pública y el ámbito natural en que se producen (8).

5. Límites de la fe pública registral

El Registrador desarrolla el poder legal de dar fe a través de los procesos registrales que culminan con un acto de fijación o registración de la situación jurídica presentada en un medio idóneo. De ese proceso derivará otro informativo; mediante el cual el Registrador trasladará y dará a conocer situaciones registradas, también por un medio idóneo. La fe pú-

---

(7) COUTURE, EDUARDO *El concepto de la fe pública*, págs 36 y 65 En el vocabulario jurídico dice el citado autor: «Calidad genérica que la Ley acuerda, independientemente de su eficacia, a determinados documentos notariales, en razón de la investidura propia del escribano que los autoriza». Para COUTURE, el sentido de la fe pública no debía buscarse fuera del notariado o fuera de la actuaria judicial

(8) BARDALLO *Ob. cit.*, pág. 77. Aunque la doctrina no es explícita respecto del fundamento de esta división, es obvio que tiene por base el carácter o naturaleza de los hechos materia de la fe pública y el ámbito natural en el que se producen. 1. *La fe pública legislativa*. Es la atribuída en especial a los Secretarios de las Cámaras Legislativas, Asamblea General, Comisiones, etc., y tiene por objeto los actos o hechos cumplidos en la actividad propia de dichos órganos. 2. *La fe pública administrativa* Es la atribuida a múltiples funcionarios que sirven a la Administración Pública, en el amplio campo de su actividad específica: vg. los Secretarios de las oficinas públicas (. .), *los Registradores públicos*, los oficiales del Registro del Estado Civil, etc. Esta especie de fe pública tiene por objeto los actos, hechos o datos cumplidos o existentes en el ámbito correspondiente de la Administración Pública 3. *La fe pública judicial* es la atribuida a los Secretarios de la Corte de Justicia, Secretarios de los Tribunales y Actuarios en general, y que tiene por objeto los actos, hechos o datos de los procedimientos cumplidos ante las respectivas sedes (. .) Por último, *la fe pública notarial* es la atribuida a los escribanos públicos o Notarios y tiene por objeto los negocios jurídicos y actos no negociales, en cuanto son hechos jurídicos y naturalmente, las propias actuaciones de los agentes titulares de esa potestad legal»

LARRAUD. *Ob. cit.*, pág. 649. *Fe pública administrativa* Es la potestad de certificar la verdad de hechos ocurridos en los procedimientos de la administración pública, con exclusión de la administración de justicia. Su objeto —dice GIMÉNEZ ARNAU— es dar notoriedad y valor de hechos los realizados por el Estado. *Se ejerce a través de documentos* expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa, consignándose en ellos órdenes, comunicaciones y resoluciones de la Administración

blica protegerá esas menciones fácticas: la presentación del acto al Registro y su data; la protocolización o incorporación a los libros registrales, o su fijación en el folio o ficha real, o su imputación a un computador y la autoría del acto registral. Pero la situación jurídica registrada tendrá el grado de eficacia que la Ley le asigna a la actuación del escribano, Juez o funcionario interviniente. La registración no asegura ni prueba la legitimidad de los derechos inscritos, no protege la legalidad y sinceridad de las mismas. No cobija nada que vaya más allá de la percepción inmediata del Registrador (9).

La evidencia propiamente dicha *(de visu et audibus suis sensibus)* es siempre inmediata, con todas las notas sensibles de la percepción. No obstante se habla de una evidencia mediata, cuando el conocimiento se obtiene mediante un razonamiento, una demostración. En ese conocimiento discursivo ubicamos la calificación registral. En cambio, los hechos constatados por el Registrador, la asunción del control regular del proceso registral lo vinculamos con la evidencia inmediata (10).

Las dos evidencias: inmediata y mediata, se combinan en el proceso registral, pero no se mezclan. Cuando el Registrador inscribe o informa inviste de fe pública los hechos que certifica, pero carece de inmediación respecto de la situación jurídica que publica. Cuando el Registrador califica conoce la situación jurídica registrable a través del documento que la contiene. Quien tuvo la inmediatez de esa situación jurídica fue el escribano, Juez o funcionario que intervino. Sobre esa representación extrarregistral emitirá un juicio de valor que culminará con la aceptación o rechazo. La primera actuación es puramente fáctica y evidentemente inmediata. La segunda se elaboró a través de un razonamiento y aplicación de una técnica jurídica que culminó con un juicio. No es ésta una cuestión de hecho, sino de derecho.

Ambos conocimientos tienen su protección legal, pero distintamente. La actuación registral no impide que coexistan *diferentes fuentes de prueba.*. Las notas que concitan la evidencia inmediata sólo pueden contradecirse por el incidente de falsedad. Las que configuran el conocimiento discursivo concluyen en una presunción de ciencia o verdad, cuya evalua-

---

(9) BARDALLO *Ob cit.* «Cuando no hay percepción no hay fe pública Aquélla no puede sustituirse por la convicción».

(10) Dicen los filósofos que describen el saber vulgar o ingenuo, que el hombre está rodeado de un mundo de cosas en el que nace, vive y muere, que subsisten ajenas a él y al conocimiento que de ellas tiene. Esas cosas son dadas a él inmediatamente por los órganos de los sentidos, fielmente, tal como ellas son. La función del sujeto es captar, aprehender y representar objetivamente un cúmulo de circunstancias. Si esa representación concuerda con la realidad será cierta y veraz. Esa representación que el funcionario realiza, con palabras y con un formalismo adecuado, en esencia es un *testimonio* especial de los hechos percibidos. (BARDALLO *Ob. cit.*, pág. 83).

ción se ubica en la esfera del error simple de derecho. La primera tiene como valor probatorio la plena prueba o plena fe, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha (art. 1.575 Código Civil). La segunda no es una prueba prevalorada por la Ley. Servirá en tanto se complemente con otros elementos y la protección que el Derecho positivo acuerde a la buena fe de quien creyó en la apariencia de la verdad. Si estas presunciones de ciencia son contradichas judicialmente, el documento pierde su literosuficiencia, pierde su autonomía y ha de recurrir a otros elementos probatorios extraños. Esas presunciones no conllevan narración de hechos, no cabe ni falsedad ni autenticidad, podrá contradecirse la validad o nulidad del error lógico o científico.

6. Fe pública originaria y transcriptiva del asiento y certificado registral

Los Registros uruguayos son Registros de títulos. El Registrador —ya lo dijimos— no tiene inmediación con la realidad física de los bienes inmuebles o muebles, ni con la realidad jurídica que originan los actos y contratos inscribibles, pues éstos se confeccionan extrarregistralmente. Respecto de los actos registrados, *la fe pública es derivativa*, pues el Registro hace conocer la que es propia de los mismos (11). Los actos revestidos de *fe pública originaria* refieren a la presentación y exhibición de los títulos registrables; asiento de presentación, la confección de un asiento (el hecho, no el contenido) en un medio idóneo y la autorización de esa gestión. Las demás menciones: si el acto registrado contiene una compraventa o una hipoteca, si es onerosos o gratuito, monto, condiciones resolutorias, tienen valor de presunciones simples (12).

Cabe preguntarse si la fe pública de un certificado registral reviste las mismas cualidades. También en esta actuación existe la transcripción o traslado del asiento por medio idóneo (fotocopia) o una condensación del mismo. Ó sea, que en este aspecto cabría la fe pública derivativa del asiento. Pero también existe una constatación de hechos originaria referida a la presentación de una solicitud de información, su data y la asunción

(11) Núñez Lagos *Ob cit.*, pág. 147.

(12) En el Derecho uruguayo existen distintos tipos de asientos: *a)* La ficha registral que consiste en una fórmula rubrada escrita y presentada por el usuario, cotejada y aceptada por el Registrador, la cual asume la calidad de asiento cuando éste la protocoliza. Las menciones son selectivas. *b)* Un ejemplar del documento privado certificado (promesas) o un testimonio por exhibición de la primera copia de escritura pública (Sociedades civiles de Propiedad Horizontal) que el Registrador protocoliza. *c)* Un asiento condensado del título presentado en libros protocolos (capitulaciones, adopciones, emancipaciones, etc.)

del control regular del procedimiento. Pero el procedimiento, en sí mismo, entraña la aplicación de técnicas en el tratamiento y selección de la información y *la certeza de la misma dependerá de la excelencia de esas técnicas, a la vez que también dependerá de la destreza del interlocutor registral para formular la solicitud de información.* Cuando alguno de estos elementos falla, en el escenario de los tribunales se citan la fe pública, la plena fe, las presunciones, la justicia, la seguridad jurídica, la buena fe; y el juzgador tendrá que evaluar cada uno de estos elementos legalmente, según el rol que juegan en el conflicto.

7. SITUACIONES REGISTRALES QUE SURGEN DE LA BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN

Del estudio de los resultados que el Registrador obtiene a través de la búsqueda de información, hemos podido llegar a distinguir estas situaciones:

A) *Que el Registrador encuentre la información que corresponde a la encuesta formulada por el postulante.*

B) *Que la inquisitoria resulte negativa porque no halle información.*

C) *Que exista una situación jurídica modificativa de la registrada, pero que no haya accedido al Registro.*

D) *Que falle la técnica de búsqueda de la información y la respuesta resulte errónea.*

E) *Que la solicitud de información sea mal formulada por el requirente y por consiguiente la respuesta registral no sea la adecuada.*

F) *Que se cuele el dolo y que se falsifiquen los asientos o los certificados registrales, material o ideológicamente.*

En estos casos *A* y *B* estamos frente a la situación normal. El Registrador visualiza correctamente y publica lo que surge de la realidad registral que examina, ya sea ésta afirmativa o negativa.

En el caso C la realidad registral se impone frente a la extrarregistral sumergida en la clandestinidad, por motivo del propio principio de inscripción: lo no inscrito no perjudica al titular inscrito. La situación jurídica no inscrita o inscrita con posterioridad se forma *inoponible* frente a lo inscrito o inscrito prioritariamente. En el plano procesal, la inoponibilidad como acción o como excepción cierra la impugnación contra el tercero que confió en la realidad registral, bloquea su situación, la vuelve inexpugnable. El Registro es un bastión defensivo para quien se cobijó en él, frente al contradictor clandestino o de rango posterior.

El caso D es el que expone toda la problemática del certificado erróneo. Ya no se trata como en la hipótesis anterior de la situación que accedió a la registración frente a la que no accedió. En este caso existen dos situaciones registrales auténticas: un asiento vigente —que por fallas en un procedimiento no se visualizó— y un certificado también auténtico en sus notas de data y otorgamiento, cuyo contenido es incompleto u omiso respecto de la propia realidad registral. Entonces nos preguntamos: *¿será la comisión del error en un certificado registral un tema que atañe a la evidencia inmediata y, por consiguiente, a su autenticidad?, ¿o será que las técnicas de recuperación de la información se basan en una referencia (índice o menú) que nos lleva de localización en localización a eslabonar una información?* Seguramente que se cumple esta última gestión; y las notas que dependen de una técnica demostrativa —incluyendo la computerizada— no tienen carácter de hechos ni de representación auténtica. Tienen sí otro valor probatorio de presunción simple, no de autenticidad. El certificado erróneo desata además un cúmulo de responsabilidades: disciplinaria, penal, patrimonial del Estado, civil del funcionario involucrado, entre las partes, y la posible tutela del tercero de buena fe. Ante esa frondosidad que involucra: al Registrador, Estado, partes, terceros, se pierde comúnmente, la verdadera dimensión de la fe pública que inviste al certificado, cuyas notas no son otras que las que hemos referido. La sensibilidad de la comunidad jurídica enervada por la importancia del tema reclama equivocadamente —a nuestro juicio— la legitimación del error sobre la verdad de los asientos. Las fallas de las técnicas registrales no se pueden remediar con legitimaciones, sólo se pueden aventar con perfeccionamiento y selección de las técnicas más excelentes y la reclamación de las responsabilidades que correspondan.

La omisión de un asiento en un certificado registral no afecta su fe pública, su eficacia procesal de plena fe y valor presuncional del contenido. Por su parte el certificado registral erróneo es auténtico, tiene eficacia procesal plena en cuanto a su otorgamiento y data, pero el valor presuncional de su contenido admite prueba en contrario.

La hipótesis E, refiere a la pericia que debe desplegar el usuario para formular la solicitud de información. La confección del requerimiento de información para una actuación notarial debe hacerla el escribano según el estudio de títulos. Repetimos: ineludiblemente según el estudio de títulos. En aquellos Registros, cuyas llaves de acceso a la información son patronímicas, es menester formular todas las alternativas de los nombres que surjan del conocimiento del usuario. En aquellos que tienen por base de acceso el número de padrón de bienes, en especial de los inmuebles, deben mencionarse todos los que surjan del estudio de los títulos y de las diferentes mensuras (padrones, anteriores en mayor área, etc.). Piénsese

que los escribanos no tienen obligación de actuar con la última mensura. El usuario debe proporcionar al Registro todos los datos necesarios que conduzcan al Registrador a identificar la base de acceso a la información. *El apremio, la falta de precauciones o la impericia en la formulación de la solicitud engendrará una información incompleta, con la consiguiente responsabilidad del usuario del servicio; no del Registro.*

Planteadas las circunstancias mencionadas bajo el *literal F,* cabe distinguir varias nociones:

a) Error y falsedad civil. La falsedad es toda alteración de la verdad. «El falso documental es una relación de contradicción entre un referente y un referido, la cual debía encontrarlos acordes, encontrándolos por el contrario en desacuerdo» (13).

Pero en el ámbito de ese concepto tan amplio, algunos autores distinguen el error y lo eliminan del concepto de falsedad. Así dicen: quien se equivoca imprudentemente no falsifica (CARRARA). Hay oposición entre el error y la falsedad (DÍEZ PASTOR). Parte de la doctrina distingue la falsedad culposa de la dolosa. La primera queda relegada a la esfera civil y la segunda puede trascender a la vía penal.

Evidentemente hay una diferencia entre la falsedad provocada por el error y la que es provocada con dolo. El error consiste en un estado de conciencia que hace tomar lo falso por verdadero. El autor creyó decir la verdad o encontrarla; consideró verdadero lo que era falso. En cambio en lo falso propiamente hay intención de ocultar la verdad. «Errar es humano» anota la indulgencia popular. ¡Y vaya si lo es! ¿Quién no ha padecido ese estado de conciencia? Pero el error tiene su escala de valores en la que va desestimando la dispensa: negligencia, imprudencia, culpa y presunciones de culpa, hasta llegar a la frontera con el dolo (14).

La falsedad, sea error de hecho, culposa o dolosa, recae sobre las menciones auténticas debidas a la actividad del funcionario público. Las mismas deben ser impugnadas mediante el incidente de querella de falsedad civil. Este incidente no va dirigido al autor, sino a eliminar el documento falso como medio de prueba y con ello liberar al Juez de la sujeción que le crea la eficacia probatoria de esos documentos (15) (16).

---

(13) GALLINAL, RAFAEL *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil.*

(14) La filosofía también hace esta distinción. llama falso al juicio no verdadero y error a la situación del que considera verdadero lo falso. Es un estado de conciencia.

(15) LARRAUD *Ob cit* , pág. 582.

(16) NÚÑEZ LAGOS «Falsedad civil en documento público». *Anales de la Academia Matritense,* señala que el juicio civil de falsedad al margen de todo problema penal pretende: la declaración de falsedad y mediante ésta obtener la eliminación de la prueba falsa y la indemnización de daños y perjuicios.

El funcionario que por razón de su cargo es competente para percibir visualmente la presentación del documento y su fijación en un medio idóneo ofrece un testimonio (17). Como órgano del Estado sus ojos son los ojos del Estado. Faltando a la verdad el funcionario incurre en falsedad; pero ésta no configura delito si ocurre por error de hecho y tampoco provoca responsabilidad aquiliana si no hay daño a tercero.

He aquí una primera precisión: la falsedad no dolosa, meramente culposa, no está tipificada penalmente y queda atada a la esfera civil. En ese ámbito el documento público no pierde su eficacia si no es declarada judicialmente su falsedad por sentencia irrevocable. Esto es oponer a la declaración legal de verdad que entraña el documento público una declaración judicial de falsedad.

Otra precisión: la falsedad del asiento registral no implica la del certificado, aunque anula lo que éste transcriba de aquél. La falsedad del certificado no arrastra la del asiento. La del asiento y certificado no arrastran la fe pública del documento registrado, salvo —claro está— que todas se combinen, lo cual es muy difícil que suceda.

Alegada la falsedad, *no hay suspensión provisional* de los efectos a partir de la argución. De lo contrario se fomentaría la mala fe de los litigantes, pues bastaría con redargüir de falsedad un documento público para paralizar el juicio principal. La fe del instrumento subsiste hasta la declaración judicial de falsedad.

Si bien el Código General del Proceso regula la querella de falsedad como una defensa en vía incidental, consideramos que no habría fundamento que impidiera alegarla en la vía principal (19).

En su estructura —apunta NÚÑEZ LAGOS (20)— hay tres elementos diferentes: *a)* la existencia de la falsedad, lo cual supone un sujeto activo (autor) y un sujeto pasivo (destinatario); *b)* la impugnación de la falsedad, para la cual el legitimado activamente es quien sostiene que el documento es falso; *c)* el objeto de la impugnación son las menciones auténticas (hechos), no el contenido revestido de presunción de verdad, cuya circusntancia es de sinceridad, no de falsedad. El desconocimiento de su valor probatorio dará lugar a la impugnación por error de derecho. Si bien no tiene las garantías de prueba legal que ofrece la autenticidad, la aptitud para el cargo del funcionario interviniente desencadenará graves penas

(17) BARDALLO, JULIO R.: «La fe pública notarial», *Rev. AEU T. 65*, dice. «La fe pública es testimonio directo sobre hechos evidentes, escrito y concominante con los hechos».

(19) NÚÑEZ LAGOS «Falsedad civil en documento público», pág. 453, señala: «La falsedad civil es de carácter sustantivo —como lo es la fe pública y la prueba legal, independientemente del molde procesal en que se actúe».

(20) NÚÑEZ *Ob. cit.*, pág. 485.

por el incumplimiento de sus deberes, así como también ocurrirá la responsabilidad patrimonial del Estado (arts. 24 y 25 de la Constitución).

b) Clases de falsedad. En el ámbito de la falsedad documental se distingue: la falsedad material y la ideológica o intelectual.

Dice PELOSI (21) que los casos de falsedad material pueden agruparse en una tricotomía: *a)* contrafracción, que significa hacer otro documento semejante al genuino; *b)* alteración, que supone un documento formado al que se lo modifica parcialmente (adulteración); *c)* supresión, que significa la destrucción u ocultamiento de todo o parte de un documento.

La falsedad ideológica se concreta en mendacidad o simulación del contenido del documento. Se da la primera cuando es una declaración de ciencia que no corresponde a la verdad; la segunda cuando es una declaración de voluntad que no corresponde a la realidad. Esta falsedad no es objeto de querella especial, porque en este caso se trata de probar contra el contenido del documento y se deben aprovechar los trámites ordinarios (22).

c) Delito de falsedad. Durante el tiempo que dure el incidente de falsedad pueden aparecer indicios del delito de falsedad. En esa hipótesis, el Juez, el Ministerio Público y la contraparte pueden instar ante la justicia penal.

El proceso penal por falsedad no detiene la tramitación del proceso civil (Código General del Proceso a. 172.2) ni su sentencia modificará las conclusiones de este último.

Los preceptos penales dedicados a la falsedad tutelan la fe pública mediante el castigo de los que infringen su deber de fidelidad. Los tipos legales se limitan al castigo de estos deberes. No se castiga el resultado. Por ejemplo: en el caso de homicidio se castiga la muerte de un hombre, que se puede causar por dolo o culpa. En cambio, en la falsedad documentaria se castiga que ella se origine dolosamente. Sin malicia puede haber error; esto es, cuando el funcionario escribe sin conocer que aquello que escribe está en desacuerdo con la verdad, no hay falsedad. No hay intención maliciosa en firmar lo que se desconoce. El incumplimiento de especiales obligaciones de diligencia en el ejercicio de funciones no puede equipararse al quebrantamiento de los deberes de fidelidad (23). Esta es la potura del Código Penal uruguayo. Nuestro Código castiga los delitos

(21) PELOSI *El documento notarial*, págs. 313 y 344.
(22) DEVIS ECHANDIA *Teoría general de la prueba judicial*, pág. 568, tomo II.
(23) FERRER SAMA «El dolo como elemento del delito de falsedad», *Anales de la Academia Matritense*, 1957, pág. 533.

culposos por indicación expresa. La imputación culposa no se puede extender de modo implícito (24).

El Código Penal uruguayo señala en los artículos 242, 241, 243 y 244 las hipótesis de falsificación de certificado público. En cuyos preceptos —de sentido general— están comprendidos los certificados registrales. En todos los casos el objeto es la tutela de la fe pública y el sujeto pasivo la sociedad.

Las hipótesis son las siguientes:

a) Falsificación o alteración de un certificado por un funcionario público (art. 242). Los núcleos de la conducta son: hacer un documento falso en todo o en parte y alterar un documento verdadero. El requisito modal es que se hace aparecer como autor a una persona que no lo es (falsedad ideológica). El documento genuino alterado se ciñe a la falsedad material. El uso que el falsario efectúe puede configurar un nuevo delito e inducir a una estafa.

b) Uso de certificado falso (art. 243). Hacer uso quiere decir servirse de él para fines probatorios. El uso puede ser público o privado, siempre que sea normal y propio de su destino. El dolo es directo: voluntad de usar el documento con conciencia de la falsedad.

c) Falsificación ideológica por funcionario público (art. 238). La figura delictiva es el hecho de dar fe en el ejercicio de sus funciones de hechos imaginarios o de hechos reales pero mutándolos u omitiéndolos. El dolo es directo.

d) Falsificación o alteración de un documento público por un particular o por un funcionario público fuera de sus funciones (art. 237).

La destrucción, supresión, ocultación de un certificado verdadero, total o parcial, son formas de privar de la disponibilidad de un documento destruyendo su función probatoria (art. 244). Es una figura que está en el capítulo de los delitos contra la fe pública, pero en realidad no es tal, sino la retención indebida de documentos.

Cabe señalar —como una particularidad del certificado registral— la de que la demanda de información es una *formulación privada* determinada por las necesidades del usuario. Circunscribiéndose a esa solicitud de información es que el Registro responde. *Esa respuesta es la que tiene la calidad de instrumento público.* Si se alteran, se borran o adicionan datos a esas solicitudes, las respuestas no serán adecuadas (25).

---

(24) BAYARDO BENGOA *Derecho Penal uruguayo*, tomo II, pág. 84.

(25) Decreto 593/1975. Art. 2: «Los errores de texto enmendados, entrelíneas, testados y demás correcciones que deban hacerse se salvarán en forma, bajo la firma del solicitante. En su defecto, el certificado expedido carecerá de validez con relación a las correcciones no salvadas en forma».

8. RESUMIENDO

Esta parte tan difícil y engorrosa, diremos:

1. Los asientos y traslados registrales son narrativos, genuinos, a la vez que derivativos, auténticos, fehacientes, en lo atañente a los hechos que representan, y conllevan una presunción de ciencia o verdad en tanto representan la constatación de un conocimiento discursivo.

2. Hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. Su autenticidad es una prueba legal. El resto de su contenido podrá completarse con otros medios de prueba hasta configurar el máximo valor probatorio.

3. La autenticidad se contradice mediante la querella de falsedad. El valor presuncional se contradice por otros medios probatorios.

4. En la hipótesis de que en la información registral surgiera una inoponibilidad —o sea una situación inscrita frente a la no inscrita que debiera estarlo— el certificado registral es auténtico, verdadero y transparente en lo concerniente a la realidad registral. No lo es con relación a la extrarregistral que no accedió al Registro, la cual será eficaz entre los contratantes o entre los litigantes, pero no lo será respecto del tercero que confió y se apoyó en la publicidad registral. El principio de inscripción protege al tercero titular inscrito y cualquier reclamación se estrellará contra esa valla.

5. En el supuesto del certificado registral que omite información o la brinda mal se origina un desacuerdo en el propio ámbito registral. Los traslados de los asientos dejaron de ser transparentes. En tanto esa discordia no se haga ostensible, por la prueba en contrario, el certificado mantendrá su presunción de verdad.

6. Nos preguntamos luego si el certificado registral erróneo es un falso documental. En esa sede distinguimos el error, que consiste en tomar lo falso por verdadero. Es decir, el Registrador creyó decir la verdad o encontrarla y consideró verdadero lo falso. Y distinguimos esa situación de la falsedad dolosa, cuya intención es ocultar la verdad. En ese ámbito distinguimos la falsedad material y la ideológica.

7. Error de hecho y falsedad destruyen la fe pública del certificado y la querella de falsedad lo elimina como medio de prueba; y, por consiguiente, su literosuficiencia para apoyar el tráfico jurídico. La fedación no protege las afirmaciones relativas a la legitimidad de los derechos ni la legalidad de los actos que publica. Estos contenidos admiten otros medios de prueba para contradecirlos.

Art. 18. «Los duplicados de las solicitudes se conservarán por el término de cinco años. Transcurrido este plazo pueden destruirse».

8. Si de la litis civil surgen vestigios del delito de falsedad en las manifestaciones tipificadas por el Código Penal, se dará intervención a la justicia penal.

9. La solicitud de información registral debe formularse con conocimientos del sistema registral. La impericia y la falta de datos provocarán una respuesta inadecuada.

II. EL PROCESAMIENTO AUTOMATICO DE DATOS Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Dice LOSANO (26) textualmente: «Mientras tomaban forma las nuevas metodologías jurídicas tenían lugar en el mundo de la investigación científica y de la economía la que ha sido llamada nueva revolución industrial: así como la máquina a vapor había permitido sustituir el trabajo manual del hombre por instrumentos mecánicos cada vez más complejos, el ordenador permite hoy sustituir el trabajo intelectual del hombre por un instrumento electrónico. Las posibilidades abiertas por el ordenador electrónico no escaparon sobre todo a la atención de los juristas prácticos que pensaron en confiarle las *tareas repetitivas* del jurista». Luego agrega... «el paso de la lógica clásica a la lógica formal, en el Derecho, tiene el fin de controlar la corrección de los procedimientos demostrativos en el ámbito del Derecho».

Expliquemos qué es esto del «paso de la lógica clásica a la lógica formal», porque —creo yo— nos llevará a sopesar mejor el valor del conocimiento cibernético.

9. DE LA LÓGICA CLÁSICA A LA LÓGICA FORMAL

Lógica deriva de «logos», que significa: discurso, pensamiento. La lógica estudia los pensamientos y sus relaciones, y se desentiende del sujeto que conoce y el objeto conocido (éste es tema de la teoría del conocimiento). La lógica no nos enseña lo que es verdadero o falso, pues si partimos de premisas falsas no llegamos a conclusiones verdaderas; no obstante, es un conocimiento muy importante para poder comprobar la verdad o falsedad del razonamiento. Por ejemplo, si decimos:

— Todos los bienes de Juan están embargados.

X es un bien de Juan
X está embargado

(26) LOSANO MARIO, G : *Curso de informática jurídica*, pág. 30.

construimos un razonamiento correcto. Pero si no es verdad que X sea un bien de Juan, la conclusión será falsa. El razonamiento lógico nos conducirá a descubrir la verdad; mas la verdad o falsedad consistirá en el acuerdo o desacuerdo con una situación real.

10. La lógica clásica

Supone un razonamiento demostrativo sobre proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas; de ahí el nombre de lógica alética (vocablo que deriva del griego, cuyo significado es: verdad). Se trata de una lógica descriptiva: dos premisas y una conclusión. A partir de Aristóteles su desenvolvimiento llega hasta el siglo pasado.

11. La lógica moderna

Kant separa la lógica que se ocupa de la verificación de la corrección de los razonamientos, denominándola «lógica formal», y con este término la contrapone a la lógica trascendental. La lógica moderna toma un auge inmenso y la lógica clásica deviene en una parte de la lógica moderna. No quiere decir esto que se la haya desplazado, hay continuidad en la forma deductiva que trata de buscar la justificación formal de los razonamientos correctos, pero en el ámbito de la lógica moderna han surgido otras modalidades, como la lógica dialéctica, la lógica deóntica, la lógica simbólica.

12. La lógica dialéctica

La lógica formal se ocupa de la descripción de los fenómenos, no de su evolución real. Los límites que imponen el principio de no contradicción y tercero excluído no dan satisfacción a los problemas reales. La lógica dialéctica permite asumir valores intermedios y valores posibles de manera de no simplificar la realidad. La conciliación de la lógica formal y la dialéctica tuvo lugar con la lógica de más de dos valores.

13. La lógica deóntica

Se aplica a la proposición normativa (debe ser). Las nociones de obligación permisión y prohibición tienen un comportamiento análogo al de los conceptos aléticos. El resultado no es «falso o verdadero», sino «válido o no válido».

14. La lógica simbólica

Inspirada en el álgebra, es un desarrollo particular de la lógica formal. Está relacionada con cuestiones lingüísticas y categorías semánticas. Los

ordenadores electrónicos utilizan lenguajes lógicos elaborados simbólicamente. Símbolos convencionales, distintos de las palabras, se combinan entre sí a través de reglas construidas a ese fin. Cuando se aprende a hablar con el ordenador es preciso dominar esas reglas, las que reciben el nombre de lenguaje de programación.

El simbolismo de la lógica moderna está muy desarrollado y perfeccionado. Esto es muy importante, porque para que el razonamiento resulte correcto debe tener una forma válida que lo sustituya. Si *el simbolismo es pobre,* no sirve para construir todas las formas lógicas necesarias.

Ahora bien, la lógica simbólica no se opone a la clásica, por el contrario, la complementa. En tanto que los diversos tipos de lógica, de más de dos valores, no pueden ser utilizados por los actuales ordenadores electrónicos construidos para actuar sobre valores binarios del tipo «verdadero o falso». Por consiguiente, podemos concluir que la lógica utilizada para el tratamiento electrónico será: simbólica, alética, no dialéctica y de dos valores.

GUSTAVINO (27) nos advierte que «los sistemas computarizados ayudan pero no sustituyen a Jueces, Abogados, Notarios y funcionarios encargados de las tareas legales. El Derecho no es, por regla general, cuantificable. Posee fluidos elementos éticos no susceptibles de fijaciones mediante símbolos o procedimientos utilizados en las elaboraciones electrónicas. La interpretación y aplicación de las normas jurídicas concierne a fundamentales aspectos de la experiencia humana relacionados con las motivaciones y el conocimiento de las conductas sobre las cuales recaen valoraciones éticas, que los métodos de registración magnética y electrónicas no abarcan. *Sólo la inmediación y las vivencias espirituales de los protagonistas de las relaciones humanas, únicamente sus percepciones sensoriales y estimaciones morales son aptas para valorar hechos, reconocer autenticidades y decidir en las heterogéneas vicisitudes del Derecho*».

En el sistema registral que utilice el automatismo cibernético para sus actuaciones rutinarias van a incidir la informática y el Derecho informático (28).

---

(27) GUSTAVINO ELIAS P.: *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación.*

(28) *Informática:* «Tratamiento automático de la información a través de elaboradores electrónicos basados en las reglas de la cibernética... Cuando los datos obtenidos en esta manera se transmiten a distancia surge la telemática o teleinformática (GUASTAVINO *Ob. cit.* pág. 26).

Informática: Nace de la contracción del francés: información con automatique (LOSANO *Ob. cit.*, pág. 205).

Derecho informático: Es el conjunto de normas y principios que tienen como objeto de regulación de la informática.

15. Incidencia de la informática

El automatismo electrónico reemplaza las operaciones registrales rutinarias: *a)* confección de índices; *b)* imputación de datos de los actos y cosas registrables; *c)* actualización de esos datos para adecuarlos a la realidad; *d)* recuperación y reproducción impresa de la información; *e)* independiza la información a través de los diferentes datos, de tal manera que se puede acceder a la misma por diferentes claves: nombres, calles, padrones, clases de actos, etc. Y esto es muy importante, porque un Registro debe tener varias puertas de acceso a la información (si una falla se podrá recurrir a las otras). Considerar esta posibilidad manualmente resulta imposible de lograr; pues exigiría repetición de tareas que demandaría elevar enormemente los recursos humanos, espacio físico adecuado, burocratización y costo elevado del servicio imposible de asumir. Por el contrario, el computador lo hace con sólo aplicar programas adecuados de gestión.

16. Programación

Para realizar las diferentes operaciones y gestiones registrales es necesario elaborar un programa «Software» o «logiciel», mediante el cual se suministran instrucciones detalladas, incorporadas a un soporte (discos, cintas, etc.) que debe seguir la máquina.

En la elaboración de los programas de máquina se utilizan lenguajes superiores que se deben traducir al código binario por medio de un conjunto de programas llamados intérpretes o compilados que permiten la operabilidad.

17. La modelística

La técnica de estandarización de datos asume particular importancia en la informática. Es así que en el campo de la informática se ha desarrollado la modelística. Modelizar significa considerar elementos homogéneos de una categoría de actos, abstrayendo de ellos los elementos que importan —en nuestro caso— a la publicidad registral, incluyendo el digitador en los diferentes rubros la variabilidad especial de los mismos. Los elementos homogéneos se codifican y un programa traductor los traduce al lenguaje común, permitiendo al usuario su lectura impresa o en pantalla. El formato rubrado debe comprender todos los posibles datos de un asiento y tener la debida flexibilidad para acoger excepciones, advertencias y reenvíos.

18. La respuesta automática

Las técnicas de procesamiento de la interrogación toman como base

los datos suministrados por los usuarios. Sobre esa base opera la llamada álgebra de la lógica o álgebra de BOOLE —la cual es una álgebra no numérica— y la teoría de los conjuntos (EULER-VENN).

De esta manera: si pregunto por Juan Pérez, la respuesta automática comprenderá todos los Juan Pérez y además todos los que incluyan un segundo nombre y un segundo apellido. Quiere decir esto que el género o conjunto mayor lo determina Juan Pérez. Las especies comprendidas en ese conjunto resultan de combinar esos dos elementos conocidos que proporcionó con otros elementos desconocidos imputados, pero que incluyen los elementos que propongo. Dicho de otra manera, a partir de los elementos que proporciono surgen variables y asociaciones, que mediante operaciones lógicas expresan relaciones más complejas, con el fin de brindar una información más exhaustiva (Juan José Pérez, José Juan Pérez, Juan Pérez Lara, etc.).

Si me equivoco gramaticalmente sobre los elementos que pregunto y en lugar de Pérez pregunto por «Peres», la información se referirá a otras variables y asociaciones y la información no le servirá al usuario. Esta circunstancia no es responsabilidad del programa, sino del usuario que preguntó incorrectamente. Si la programación es pobre y no incluye variables y combinaciones suficientes, la información servirá para muy poco y en este caso la responsabilidad recae en la inidoneidad del programa.

19. EFICACIA PROCESAL DEL PROCESAMIENTO AUTOMÁTICO DE DATOS APLICADO A LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Nos remitimos a lo ya dicho. Los hechos que presencia el Registrador son los mismos que en circunstancias no automatizadas: presentación de documentos, data, control de un procedimiento, autoría. Hasta ahí la calidad de fe pública que reviste la actuación registral. El asiento en que culmina el proceso registral, a la vez que se imputa en un computador, mantiene la cobertura de la protocolización en libros o rollos microfilmados. Estos, si cumplen con los requisitos legales, tienen el mismo valor que el asiento original (Ley núm. 14.106, art. 688).

La automatización se completa, en general, con una microfilmoteca, con el utillaje necesario para leer esos soportes y reproducirlos.

En el procedimiento informativo los hechos tampoco varían: presentación de la solicitud, control de procedimiento, expedición, data y autoría. Este procedimiento remata en papel, impreso y firmado por el Registrador. También se integra con la técnica del microfilm, si el interesado pretende la reproducción del asiento por ese medio. Otras veces el propio sistema imputa sólo los índices, con los cuales localiza los asientos microfilmados y la información se complementa con la reproducción de los mismos.

Los hechos presenciados por el Registrador son los que están revestidos de autenticidad y fe pública a la vez que éstas son las notas que mantienen la calidad de prueba legal. Las otras notas de legalidad, legitimidad y otras menciones que contiene el asiento y su reproducción, total o en relación, por medio del certificado y las técnicas empleadas, conllevan la presunción de ciencia y verdad que emana de todo conocimiento discursivo, cuya veracidad, podrá no ser contestada, podrá ser plena, agregando otros medios probatorios; o bien podrá ser contradicha por la prueba en contrario evaluada por la sana crítica, si no hay tasación legal.

Reflexiónese que el conocimiento cibernético se base en algoritmos; o sea —como explicamos—, en procedimientos ordenados, en secuencias de pasajes lógico-algebraicos con la finalidad de obtener un resultado determinado para resolver una situación compleja. Por consiguiente, esto no es un hecho. Es claramente un proceso de conocimiento intelectual (29).

Explicado más gráficamente: existe un procedimiento automático de imputación de los actos presentados para su registración. Existe otro procedimiento de imputación de las solicitudes de certificados ¿Cómo se elabora la información? El programa de imputación de solicitud de certificados actúa y busca sobre el banco de actos registrados la información solicitada. Los datos de salida son el resultado de selecciones, asociaciones, etc., por parte del ordenador, de los datos de entrada. (Por ejemplo, cuando hablamos por teléfono, sabemos que operando un conjunto de números obtenemos un resultado, pero no sabemos qué ocurre adentro del teléfono ni en sus mecanismos exteriores.)

Tanto para la imputación de actos como para el volcado de nombres o datos de bienes encuestados deben mediar procedimientos de verificación y corrección de errores antes de utilizarlos.

Es posible que el programa contenga *errores lógicos*. Para descubrirlos se aplica el «testing» o «debbugging» del programa; es decir, se prueba la capacidad para resolver el programa planteado, partiendo de datos ficticios.

Por su parte los soportes deben presentar un alto grado de seguridad, pues si éstos se desmagnetizan se perderá la información.

20. Incidencia del derecho informático

Puede fallar el procesamiento automático de datos y esas fallas pueden ser atribuibles al «hardware» en virtud de ser inadecuado para la función para la cual fue adquirido. Pueden existir errores en la registración e información atribuibles al «software» operativo, que en general es provisto

(29) Sintetizamos así una página de Losano (*Ob cit.*, pág. 174): 1. Sistema de programación. 2. Lenguaje simbólico. 3. Programa origen: instrucciones simbólicas y

por el mismo productor del «hardware»; o al «software» aplicativo, que es el que permite una función determinada y de cuya confección puede encargarse una empresa o ser elaborado por los propios programadores de la institución registral.

Por otra parte es necesario que tanto el equipo físico: «hardware», y el lógico «software» tengan un servicio permanente de atención que permita la plena funcionalidad. Para revisar y corregir los programas e introducirles las modificaciones del caso es menester acceder a la versión fuente del programa. Si el titular del «software» se reserva el programa, ningún otro puede realizar el mantenimiento, rectificar, incorporar, etc.

Quien realice el mantenimiento asume una obligación de resultado y responderá en consecuencia.

Existen otros elementos que también deben ser atendidos: suministro de electricidad suficiente, temperatura, control de la misma, limpieza, etc., todos elementos que inciden en el buen funcionamiento y cuyo control debe ser extremado.

Todo este tema se encuadra en el entorno contractual, cuyos sujetos son la administración a cargo del servicio registral y la empresa proveedora de servicios. Los instrumentos jurídicos utilizados son los contratos de «leasing», arrendamientos de equipos y servicios, compraventa, etc. La responsabilidad de los sujetos emanará de los contratos. Tema nada fácil, por cierto, pues la hipótesis de un paquete contractual sobre «hardware», «software» operativo, de aplicación, pluralidad de sujetos proveedores, etc., crean una situación jurídica muy compleja que el incipiente Derecho informático o de la informática trata de regular.

Fuera de la órbita contractual operará la responsabilidad aquiliana con la carga para el damnificado de demostrar: hecho ilícito, culpa, daño, nexo causal. Entre la responsabilidad contractual y la aquiliana queda la difusa instancia del caso fortuito.

También existe la posibilidad de que varios de estos servicios informáticos los asuma la institución registral a través de un escalafón técnico y semitécnico. Solución burocrática a la que estamos muy apegados los latinos. En este caso la responsabilidad también se burocratiza y se reconduce por los procedimientos kafkianos de la investigación administrativa, sumario y destitución con venia del senado.

---

macroinstrucciones. Con este programa se abre el computador. Avanza hacia un programa traductor, pero antes de traducir un determinado comando simbólico debe transformarlo en una serie de comandos implícitos que provocan la transferencia desde la unidad de lectura a la memoria central. Evidentemente que existe toda una elaboración discursiva.

21. Fraude informático

Por último, nos queda aludir a figuras delictivas como el llamado: fraude informático. Ello supone que se tratara de afectar el «hardware» o el «software» para cometer un delito.

Nuestra legislación carece de disposiciones expresas al respecto. Podría aplicarse —según los casos— las disposiciones sobre falsificación documentaria, citadas *supra,* pero sería mejor contar con disposiciones expresas especiales.

No obstante, cabe citar la acción penal consagrada por el artículo 23 de la Ley 15.913, que regula un régimen punitivo para la violación del derecho autoral (30).

Gustavino (31) señala que los *sujetos activos* pueden ser: los operadores, cuando modifican, agregan, eliminan o sustituyen información o programas; los programadores, que violan o inutilizan controles protectores del programa o sistema; los analistas, que diseñan la seguridad del sistema con fines de fraude; supervisores, que tienen conocimiento de las operaciones y acceden al sistema con los mismos fines; personal técnico y de mantenimiento. En general, es muy difícil que el ilícito sea cometido por quien nada tiene que ver con el servicio. Cualquiera de los fraudes informáticos puede ocasionar un certificado registral falso, ya sea que el instrumento informático sirve para proveer la registración y la información, por lo cual sería conveniente que nuestra legislación se ocupara de regular esa posible actividad delictiva.

Los comitentes pueden no ser funcionarios públicos, en el caso de que el organismo arriende esos servicios a empresas de plaza; o bien pueden ser funcionarios públicos, Registradores, personal técnico y administrativo, que revistan en los escalafones del servicio y que operan el sistema computarizado; en cuyo caso a la responsabilidad civil y penal se sumará la disciplinaria.

Los distintos funcionarios que operan el sistema automatizado tienen un código secreto que permite su apertura, de manera que los procedimientos no son anónimos, y esa clave secreta suministra una base para

---

(30) Delpiazzo, Carlos E.: *Información, informática y Derecho,* pág. 90, dice: «La violación de ese derecho autoral apareja un régimen punitivo regulado en el capítulo X de la Ley 9 (9.739 de derechos de autor), el cual permite distinguir. *a)* una acción penal procedente en los supuestos regulados por el artículo 46 (sustituido por el art. 23 de la Ley 15.913 de 27 noviembre 1987) y por el artículo 49 (modificado por el art. 3.° del Decreto-ley 15.289); *b)* un decomiso en favor del autor (art. 47); *c)* una acción civil por los daños y perjuicios (art. 51), y *d)* una acción administrativa (art. 52). En lo que tiene que ver con la faz penal se prevén dos ilícitos: la edición, de venta o reproducción de una obra inédita o publicada y la sustitución de autor.

(31) Gustavino *Ob. cit.,* pág. 83.

imputar responsabilidades. No es un mecanismo totalmente seguro, bastaría la distracción o la infidelidad para violar el secreto, pero tampoco son seguros las rúbricas, signos y firmas utilizados en las distintas etapas del procedimiento manual.

22. Conclusiones de este capítulo

1. Hemos demostrado que el procesamiento automático de datos descansa en un conocimiento lógico, organizado a través de programas que imparte instrucciones al computador, en virtud de las cuales el ordenador interpreta y dirige por sí mismo sus propias operaciones.

2. Este procesamiento no cambió la sustancia de la fe pública registral. La autenticidad descansa en los hechos constatados por el Registrador: presentación, data, control del procedimiento y autoría. La legitimidad, legalidad y la interpretación de la información —sea ésta automatizada o no— se reconduce por la presunción de ciencia o verdad, la cual admite prueba en contrario, sin perjuicio de la literosuficiencia en el ámbito de la realización pacífica del derecho. La demostración de culpa, negligencia, impericia, etc., aparejarán la responsabilidad disciplinaria correspondiente, la penal y civil, en su caso.

3. La informática registral permite el almacenamiento, conservación, localización, procesamiento y reproducción de datos jurídicos y diversos procedimientos de gestión y verificación, librando al Registrador de los trámites rutinarios de su función. Pero la realidad informática y su apoyo relevante no sustituyen la función registral autenticadora, calificadora, organizativa y de gobierno de los registros públicos.

4. El Derecho informático incide en cuanto los soportes físicos, lógicos y accesorios se adquieren en plaza, mediante licitaciones y contrataciones y deben ser adecuados a las necesidades del servicio. Si ese paquete tecnológico no lo es, generará la responsabilidad del caso: contractual, aquiliana, penal. También regulará el tracto con los proveedores de los diversos servicios que la instalación de un equipo de computación requiere: suministros, conservación y mantenimiento (para algunos éstas son obligaciones de medio, para otros de resultado). El Derecho informático o de la informática requiere un estudio sistemático. La doctrina reclama la especialidad de la rama y ya vislumbra una autonomía didáctica y científica. En el Uruguay hay esforzados estudios al respecto, pero carecemos de fundamento legal, salvo la regulación aislada de algún tema.

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PUBLICO

El Estado organiza y asume la obligación de prestar el servicio registral adecuadamente. El daño causado a terceros por la irregularidad de dicho servicio, sea éste informatizado, mecánico o manual, cae dentro de los preceptos constitucionales que establecen la responsabilidad patrimonial del Estado.

«Artículo 24. El Estado, los Gobiernos departamentales, los Entes autónomos, los servicios descentralizados y, en general, todo órgano del Estado serán civilmente responsables del daño causados a terceros en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25. Cuando el daño ha sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos lo que hubiere pagado en reparación».

Señala SAYAGUÉS LASO (32): «Puesto que se trata de responsabilidad por el ejercicio de la función administrativa, comprende tanto los actos como los hechos administrativos, pues unos y otros forman el contenido intrínseco de dicha función. Las omisiones de la administración también están comprendidas, pues en definitiva la inactividad configura un hecho. Es necesario que la actividad administrativa haya ocasionado un daño. Esta palabra usada en el texto constitucional no tiene un significado restrictivo, por oposición a perjuicios, sino que equivale a la expresión corriente. daños y perjuicios».

«El texto constitucional es claro en cuanto a que la responsabilidad patrimonial recae sobre la administración, no siendo posible accionar contra el funcionario.»

El citado autor no comparte la tesis de que el artículo 24 consagre un criterio objetivo de responsabilidad. De manera que siguiendo esta idea habrá que demostrar la culpa y sus grados y el nexo causal (33).

Cabe señalar que en el caso del certificado erróneo, esta responsabilidad encuentra límites específicos, uno de ellos ya lo hemos mencionado, y es que el certificado responda a una solicitud bien formulada por el usuario, de lo contrario la respuesta registral no será precisa, no por culpa del Registro, sino por la ineptitud del propio usuario para generar la investigación correcta.

---

(32) SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, pág. 568, 5.ª edición.

(33) CAMBIASSO, SUSANA «La Publicidad Registral y la Seguridad Jurídica», en *Cuadernos de Derecho Inmobiliario*, núm. 2, pág. 69.

Otro límite es que el damnificado no podrá acumular acciones. Puede reclamar contra el sujeto, que sabía los gravámenes y afectaciones que tenía el bien que enajenó, libre de toda obligación y gravamen, infringiendo la obligación de saneamiento o consumando una estafa al ocultarlos dolosamente. Puede reclamar contra el Estado directamente, sin que sea necesario probar la insolvencia del deudor. Pero las acciones no son acumulables.

Un límite más lo constituye la neutralización del daño. Por ejemplo: si los acreedores omitidos y los terceros perjudicados transan y previenen o culminan el litigio. Seguramente que el daño desaparece como fundamento de la acción.

23. Legitimación procesal

La sentencia de Elías Piatniza (34) señala que es aquel que más se ha visto lesionado en su patrimonio, por mediar una inadecuada información a raíz de la cual su situación no se ve asegurada conforme así lo creía el titular del asiento omitido. En el caso que resolvía el citado Juez había sido omitido el acreedor embargante. «Es su situación la que agravia la irregular información..., es el acreedor embargante quien tiene legitimación para demandar patrimonialmente al Estado». Considera además que la responsabilidad del Estado no es subsidiaria.

Anota Emilio Blasco (35) que la acción se dirige contra el Estado en virtud de que los Registros Públicos constituyen un conjunto orgánico jerarquizado al Ministerio de Educación y Cultura, y que el solicitante y poseedor del certificado es el único legitimado para reclamar los perjuicios que el mal funcionamiento de la administración le provoque.

La jurisdicción correspondiente para reclamar la reparación patrimonial por hecho de la Administración proveniente de un certificado erróneo es la jurisdicción común. El procedimiento a seguir, a falta de texto expreso, es el juicio ordinario, hasta que entre en vigencia el Código General del Proceso (36).

La Ley de 27 de marzo de 1953, artículo 3, estableció un plazo de *caducidad* para todas las reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen. El plazo comienza a correr desde que pudiera ser exigible. Nos preguntamos ¿cuándo se hace exigible?, ¿desde que el Registro comete la irregularidad?, ¿desde que el interesado tuvo conocimiento

(34) Piatniza, Elías Sentencia de 8 diciembre 1982, *Anales del Foro* núm. 5.

(35) Biasco, Emilio: «El certificado registral erróneo», Jornada Notarial Uruguaya celebrada en Rivera, 1984.

(36) El nuevo Código cambia radicalmente los procesos civiles y dispone expresamente un procedimiento para hacer efectivas las sentencias contra el Estado (art. 400).

de la misma? Nos parece más lógico contarlo desde que el interesado tuvo conocimiento del hecho. Entre un momento y otro pudo pasar mucho tiempo. Si no fuera así, en la mayoría de los casos se condenaría a los perjudicados a perder el derecho antes de poderlo ejercer (37).

24. La responsabilidad del funcionario público

El artículo 25 de la Constitución uruguaya, transcrito *supra,* establece la responsabilidad de los funcionarios ante la Administración, por lo que hubiera pagado a los terceros en razón del daño causado. La responsabilidad del Registrador, como funcionario público que es, está comprendida en ese ámbito. *La responsabilidad civil* se traduce en una acción de repetición —que es facultativa de la Administración de ejercerla o no— en caso de que se demuestre: *a)* que el daño haya sido causado en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio; y *b)* que el funcionario obró por culpa grave o dolo (38).

Una vez que la Administración identifica al funcionario culpable podrá repetir contra él lo que haya pagado por la reparación del daño.

Sin perjuicio de lo expuesto, la infracción cometida por un funcionario público puede involucrar la responsabilidad penal y la disciplinaria. Las acciones pueden ser concurrentes. Una infracción administrativa puede dar lugar a los tres procedimientos y culminar en respectivas sanciones.

La decisión de los Jueces civiles y penales sólo vincula a la Administración en cuanto mueve el sistema disciplinario, pero la Administración es autónoma para evaluar la situación del encausado y obrar en consecuencia (art. 233, Decreto 640).

La Administración, independiente de la justicia civil o penal, podrá instruir sumarios y disponer las cesantías que corresponda sin esperar los fallos judiciales, en los casos de claro obrar delictivo, incompatible con la calidad de funcionario público. La autoridad administrativa podrá requerir de la magistratura actuante los datos que necesite y cuya revelación no afecte el secreto del procedimiento (Decreto 640, art. 240).

El régimen disciplinario se integra con: el procedimiento disciplinario, la infracción y la sanción.

---

(37) El Decreto 593/1975, art 18, dispone: «Los duplicados de las solicitudes de certificados se conservarán por el término de cinco años Transcurrido este plazo pueden destruirse». Es éste el único medio que posee el Registro para cotejar que el usuario no haya alterado la solicitud y las señas de los funcionarios que intervinieron en su confección

(38) La culpa en el Derecho administrativo se presenta con matices peculiares, y en general la doctrina sostiene que la noción es más rigurosa que en el Derecho privado, pues el bien protegido es la sociedad

El procedimiento disciplinario es el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración en el ejercicio de sus poderes disciplinarios. Es un procedimiento de carácter imperativo y, en consecuencia, el funcionario está sometido a él. Como es uno de los procedimientos administrativos está basado y animado por los principios fundamentales de todo procedimiento administrativo: imparcialidad, legalidad objetiva, verdad material, debido proceso, oficialidad, informalismo, carácter escrito y oralidad complementaria (arts. 191, 192, 182, 22, 189, 190, 23, 185 del Decreto 640/1973). Dada la separación de poderes consagrada por el régimen republicano de Gobierno, no puede invadir la jurisdicción. Por ejemplo: no puede disponer la privación de libertad.

El Decreto 640/1973, artículo 181, establece cómo debe ser la infracción que active el procedimiento disciplinario: «todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales».

Tres son los elementos de la falta: *a)* el hecho o la omisión (elemento material); *b)* la imputación a una voluntad lúcida y libre (elemento moral); *c)* la perturbación en el funcionamiento del servicio o que su eficiencia se resienta en forma inmediata o posible.

Los dos procedimientos disciplinarios que establece el 640/1973 son: la investigación administrativa y el sumario. Procede el primero cuando existe una irregularidad, pero no se ha individualizado él o los responsables. El sumario procede cuando ya hay un funcionario imputado y se trata de determinar su responsabilidad o esclarecer su participación en el hecho o acto irregular.

Las sanciones son un castigo para quien ha resultado infractor. Existen sanciones correctivas: observación, amonestación, censura, etc. Sanciones pecunarias: privación parcial del sueldo, sólo aplicables bajo un texto expreso. Sanciones de alcance profesional, suspensión, traslado, postergación o pérdida del derecho al ascenso, etc. Sanciones expulsivas que tienen por objeto la protección del cargo y del servicio público, caracterizándose por desligar al funcionario de los cuadros administrativos: distitución, pérdida de derechos jubilatorios. Las causales de destitución son de orden constitucional: ineptitud, omisión o delito (arts. 168, inc. 10, y 274, inc. 5, de la Constitución). Su aplicación requiere: investigación, sumario, venia del Senado. Si la venia es denegada el funcionario no puede ser destituido. (Lo cual parece exagerado y contrario a la separación de poderes.)

En todos los casos de procesamiento por la *justicia penal* de funcionario público, el Poder Ejecutivo apreciará las circunstancias y la situación del encausado para dictar las medidas que corresponda. En ese sentido podrá disponer: *a)* la continuidad en el cargo; *b)* el pase provisional a otras tareas compatibles con la imputación; *c)* la suspensión temporaria en el empleo; esta última será preceptiva cuando se trate de los delitos

establecidos por los Títulos I, II, III, del Libro II del Código Penal; *d)* conjuntamente se resolverá lo relativo al goce total o parcial del sueldo (Decreto 640, arts. 233 y 235).

25. Conclusiones

1. Cabe la responsabilidad patrimonial del Estado cuando un particular que realizó un negocio jurídico, basado en la información contenida en un certificado erróneo o falso, es perjudicado económicamente por tal circunstancia. Ello, sin perjuicio de que el damnificado accione directamente contra el contratante que procedió de mala fe. En cuyo caso las acciones no son acumulables.

2. El Estado puede ejercer la acción de regreso contra el funcionario que obró con culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones o en ocasión del mismo. La acción civil es sin perjuicio de la acción penal a que hubiera lugar y de los procedimientos disciplinarios que debe llevar a cabo la administración en caso de irregularidades en el servicio (investigación administrativa y sumario). Este último podrá culminar en la aplicación de la sanción adecuada sobre quien resulte responsable de la infracción.

Susana Cambiasso
Escribano de Montevideo (Uruguay)

DICTAMENES Y NOTAS

Un intruso en el Consejo. El Secretario no Consejero

Tema necesariamente controvertido el que vamos a abordar en este breve comentario, dado que el Secretario no Consejero es una figura que, paulatinamente, va abriéndose camino en la práctica pero que, sin embargo, carece de regulación legal, y así es cuestionada no sólo su denominación sino también su posibilidad, y, de admitirse ésta, la de las funciones que le competen. De todo ello vamos a ocuparnos en estas líneas por si ello aporta alguna luz a tan controvertida figura.

Lo primero que llama la atención es lo impropio de la denominación adoptada: «Secretario no Consejero». Secretario etimológicamente procede de secreto, pero evidentemente no es éste el sentido que a la figura puede darse como persona que recibe los secretos de otra, ya que la función primordial que generalmente se le asigna, certificar de acuerdos, no está precisamente destinada a la finalidad de guardar secreto, sino de dar publicidad al contenido de los mismos. En otro sentido se considera como tal a la persona al servicio de otra o de un organismo, encargada de la administración de éste, correspondencia, contabilidad, etc. Esta acepción, más acorde con su función típica, sin embargo encuentra notorias dificultades para incardinarse dentro del contexto del Consejo de Administración, ya que el Secretario no Consejero por definición no es Administrador, ya que sólo los Consejeros son Administradores y, por consiguiente, quiebra una de sus principales funciones aunque ya le puedan ser aplicadas las restantes.

Mas, aún admitida esta limitada faceta de actuación, el término que lo define resulta poco adecuado, ya que el Secretario no Consejero es cualquier Secretario que no forme parte de un Consejo, y así Secretario no Consejero lo es el que según el artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas permite que sea designado estatutariamente para actuar en la Junta, a pesar de que ninguna relación guarde con el Consejo, o también el que designen los accionistas asistentes a la Junta. Cierto que el citado precepto, cuando se refiere al Secretario, al contrario de lo que sucede cuando contempla la figura del Presidente, no parece exigir la condición de accio-

nista en el designado, aunque sin embargo será difícil admitir que no pueda serlo, pues tratándose de una designación que hay que verificar una vez reunidos los accionistas, por falta de asistencia o existencia del que ostente tal cargo en el Consejo de Administración, dado el carácter subsidiario que a tal designación atribuye el citado precepto y habida cuenta que a la Junta sólo pueden asistir los accionistas y los Administradores y Gerentes, salvo que los Estatutos expresamente permitan la asistencia a otras personas, resulta lógico pensar que tal designación deba recaer igualmente en accionista o Administrador, pero en este último caso ya no estaríamos en el caso de Secretario no Consejero sino de Secretario Consejero.

Obsérvese además para comprobar lo inadecuado de la denominación que tal como aparece el referido cargo ninguna conexión guarda con el Consejo de Administración y en cierto modo es contradictorio, ya que o hay que considerarlo como ajeno por completo a tal órgano, como hemos visto anteriormente, o si por el contrario queremos conectarlo con él habría que denominarlo «Secretario del Consejo no Consejero», y aquí es donde surge la contradicción, ya que ser *del Consejo* y no pertenecer a él son términos contradictorios.

No menos controvertida es actualmente su utilidad. Los acuerdos sociales, dada la finalidad de la actividad mercantil de las sociedades, revisten dos facetas perfectamente diferenciadas: la primera, la mercantil o económica; y la segunda, no menos importante, la jurídica.

Efectivamente, un aumento de capital tiene la finalidad de proveer de recursos a la sociedad, un nombramiento trata de facilitar el cumplimiento de la gestión y representación social, etc., mas tales actos, como decimos, llevan consigo, además, un aspecto jurídico, el cumplimiento de los requisitos que la legislación exige para la formalización documental de los mismos. Y aquí es donde surge la necesidad de una persona que, conocedora de tal materia, realice esa función. Especialmente en sociedades de gran envergadura la existencia de un técnico en tales materias es de pura necesidad, ya que los Administradores son escogidos por su competencia mercantil o de gestión y no por su competencia jurídica, que siempre tiene carácter accesorio.

Sentida tal necesidad, las sociedades pronto comienzan a nombrar asesores jurídicos, fiscales, contables, etc., para subvenir a las múltiples funciones que la actividad social lleva consigo y, entre ellas, a la designación de un técnico que realice tales funciones en el órgano de más frecuente actividad social: el Consejo. Sin embargo, la figura ha perdido parte de su importancia después de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, de designación de Letrados Asesores en el órgano administrador de las sociedades, pues si bien la actuación obligatoria de los mismos queda limitada a las socie-

dades a que hace referencia la citada Ley, sin embargo son precisamente tales sociedades, por su gran envergadura, las necesitadas de tal función asesora, y en ellas carece de sentido la existencia en el Consejo de un Secretario Técnico no Consejero y además la de un Letrado Asesor que tampoco lo es. Consecuente con ello, la propia Ley permite que no se proceda a la designación de Letrado Asesor distinto cuando uno de los componentes del Consejo sea Letrado.

Excluidas por tanto las sociedades de gran capital o negocios, la figura ve minimizada su importancia por cuanto, aparte de que aunque no sea obligatoria la designación de Letrado, la sociedad puede designarlo voluntariamente, para las sociedades familiares o de escaso número de socios la existencia del técnico con carácter permanente es costosa de sostener y poco útil, pues aun cuando del mismo modo han de formalizarse los acuerdos de una gran sociedad que los de una pequeña, es lo cierto que, en la práctica, el buen quehacer notarial resuelve cumplidamente los problemas de tal naturaleza. Por consiguiente, admitida legalmente la figura del Letrado Asesor, este Secretario Técnico que ahora comentamos ha perdido en gran manera la razón de ser de su existencia. Sin embargo, pervive en la práctica, muchas veces aparentemente, es decir, recogida la figura en los Estatutos sociales, pero sin que exista tal designación por innecesaria.

Pasemos ahora al examen de su posibilidad. Por lo que se refiere a su existencia como Secretario de Juntas Generales no cabe duda alguna por cuanto, como hemos visto, el artículo 61 permite que tal persona aparezca designada en los Estatutos, y si esto es posible en un órgano social como es la Junta, parece lógico admitir que ello también sea posible en otro órgano social como es el Consejo, y así como el primero sería Secretario de las Juntas, aunque no forme parte de la Junta, el segundo sería Secretario del Consejo aunque no forme parte del Consejo. La adición del calificativo «no Consejero» no añade nada a su condición de Secretario, pues efectivamente será tal, reúna o no la condición de Consejero. El problema sin embargo no radica en la denominación, sino en la forma en que se puede dar entrada a la figura y a su regulación, pues aunque, como hemos dicho, actualmente ha perdido gran parte de su utilidad, es lo cierto que seguirá apareciendo, en muchos casos por indolencia en la rectificación de modelos estatutarios ya anticuados y en otros porque la limitación a cinco clases de sociedades que impone para los Letrados Asesores la citada Ley obligue a no aparecer como tal, aunque se realicen dichas funciones.

Admitido que en aplicación del principio de libertad de pactos que rige en nuestro Derecho (art. 1.255 del Código Civil) la figura sea admisible, cobra especial importancia su regulación y ella sólo puede tener lugar, a

nuestro juicio, en los Estatutos sociales. Son éstos los únicos que pueden establecer que exista un Secretario del Consejo que no reúna la condición de Consejero, y si tal norma no contempla su existencia ni la Junta ni el Consejo pueden crearlo.

La regulación del Consejo de Administración como órgano de gestión y representación de la sociedad (art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas) ha de venir establecida en los Estatutos sociales, por lo menos en cuanto a cuál sea el elegido, modo de proveer las vacantes, retribución y máximo y mínimo de Consejeros (art. 102 del Reglamento del Registro Mercantil), y aunque el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas permite (siempre que los Estatutos no dispongan lo contrario) «designar a su Presidente, *regular su propio funcionamiento...*», es claro que el término *propio* ya nos está indicando que tal funcionamiento es el del Consejo que, naturalmente, sólo lo integran los Consejeros. Así, pues, si alguna función ha de desempeñar alguien que no pertenezca al Consejo, tal posibilidad ha de estar reconocida en los Estatutos sociales, lo cual generalmente se recoge bajo la fórmula «El Secretario del Consejo podrá ser no Consejero».

Tampoco la Junta puede crearlo si tal figura no aparece en los Estatutos sociales, ya que ello implicaría la modificación del órgano social de gestión y representación sin modificar los Estatutos sociales, puesto que o los Estatutos regulan la materia o, como dice el artículo 77 citado, el Consejo puede regular su propio funcionamiento, y así para proveer al mismo designa a su Presidente y también puede designar Secretario, Tesorero, etc., siempre que tales nombramientos recaígan en personas existentes dentro de su propio entorno, es decir, entre los Consejeros, pero no en personas ajenas al mismo.

Otra cosa distinta es la del órgano que ha de proceder a nombrar la persona que ostente tal cargo, lo cual debe estar previsto en los Estatutos. Así pues éstos pueden establecer que el nombramiento competa a la Junta o al Consejo, y a tal norma habrá de ajustarse su designación, mas puede plantearse la cuestión de que admitida la figura no se regule a quien compete su nombramiento, en cuyo caso nos inclinamos por sostener que su designación sería competencia del Consejo de Administración, y ello por razones prácticas y de analogía, ya que resultaría excesivamente costoso, complicado y de poca operatividad el que hubiese de convocarse una Junta General para proceder al nombramiento de un cargo de naturaleza exclusivamente técnica, y por otra parte admitido legalmente que en caso de silencio de los Estatutos, el Consejo puede nombrar al Presidente, a los Consejeros Delegados y a la Comisión Ejecutiva, órganos de mucha más importancia que el de Secretario, sería absurdo mantener la exigencia de un acuerdo de Junta General para la designación del Secretario cuando el

cargo está previsto en los Estatutos, pero no quien ha de proceder a su nombramiento.

Cuestión que sí reviste importancia es la relativa a las funciones que competen a tal Secretario, y así hay quien pretende equipararlo al Gerente (a pesar de que, a nuestro juicio, ninguna similitud guarda con tal figura) y se le atribuyen funciones representativas de ejecución de acuerdos del Consejo, etc.

Ninguna de estas funciones nos parecen admisibles, su función queda limitada, en nuestra opinión, a redactar los correspondientes acuerdos y a certificar de los mismos, y ello siempre con el correspondiente visto bueno del Presidente.

La equiparación con el Gerente parece imposible y fuera de toda duda. Al Gerente hacen referencia los artículos 283 del Código de Comercio y el artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas. El primero para atribuirle la condición legal de factor, lo que lleva implícita su condición legal de mandatario, ya que el epígrafe de la Sección Segunda del Título III nos dice: «De otras formas del mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos», con lo que evidentemente su calificación jurídica es la de Apoderado, por cuanto tendrá «más o menos facultades según haya tenido por conveniente el propietario», como dice el propio precepto, lo cual no sería posible si se le configurase como Administrador, ya que al menos las facultades de giro y tráfico de éstos son ilimitables (art. 76, de la LSA), y ello lo corroboran los artículos 290, cuando nos habla de «*los poderes* conferidos a un factor», y el 291, al expresar: «Los actos y contratos ejecutados por un factor serán válidos respecto de *su poderdante* siempre que sean anteriores al momento en que llegue a noticia de aquél por un medio legítimo la revocación de *los poderes*...». Con tal configuración resulta evidente que ni por su fondo ni por su forma cabe equiparar al Secretario no componente del Consejo con el Gerente o Apoderado de un comerciante o empresa. Posteriormente examinaremos la forma de su nombramiento.

El otro precepto en el que esporádicamente se recoge la figura es el 59 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando en su último párrafo nos dice: «Los Gerentes y Administradores que no sean accionistas podrán asistir a la Junta General...». También de esta expresión se deduce claramente que Gerentes y Administradores son figuras diferentes, ya que de no ser así no se utilizaría la copulativa *y* sino la disyuntiva *o*, lo cual no hace más que corroborar lo que ya dispone el Código de Comercio, como hemos visto anteriormente. Los Administradores son órganos sociales, los Gerentes meros Apoderados. Los primeros son la representación legal u orgánica de la sociedad, los segundos la voluntaria. Las facultades de los primeros tienen un contenido mínimo inderogable susceptible de ampliación, los

segundos tendrán las que específicamente les hayan sido atribuidas. El nombramiento de los primeros puede hacerse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, mientras el de los segundos requiere la escritura pública conforme al artículo 1.280-5 del Código Civil. Y por último los nombramientos de Administradores son obligatoriamente inscribibles en el Registro Mercantil, mientras los segundos permiten excepciones, como se deduce del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil.

En el mismo sentido podemos señalar el artículo 21.6 del Código de Comercio cuando se refiere a los «*poderes* generales dados a los Gerentes», expresión que reproduce el artículo 76.1 del Reglamento del Registro Mercantil, con lo que refrenda la condición de Apoderados de los citados Gerentes, en nada similar al Secretario del Consejo.

La confusión en la práctica es bastante acusada por el escaso rigor de los Estatutos sociales en la utilización de los términos que designan a sus órganos de gestión y representación y así es frecuente ver que a los Administradores se les denomina Gerentes, Directores Gerentes, Director General, etc., lo cual únicamente sirve para crear confusión, ya que, como vemos, la figura del Administrador es completamente distinta a la de estos cargos y así lo recoge la propia legislación, como hemos visto, y la doctrina. Así GARRIGUES en sus comentarios a la *Ley de Sociedades Anónimas,* página 145 del tomo II, nos dice: «Al Derecho de Sociedades interesa resolver el problema de la extensión y de la limitabilidad de esos poderes. En la práctica es frecuente el nombramiento de personas ajenas al Consejo que bajo diferentes denominaciones (Directores Generales, Gerentes, Directores Gerentes, etc.) reciben del Consejo de Administración facultades amplísimas administrativas y representativas». Como vemos todos ellos entran dentro de la categoría común de Apoderados, y es que en nuestro Derecho, cuando la sociedad se encuentra regida por el Consejo de Administración, órgano colegiado, las facultades representativas son privativas de éste y no pueden estar atribuidas a personas distintas, así lo dispone el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 102, *h,* del Reglamento del Registro Mercantil, pues aun cuando se diese la concurrencia de Consejo y Administradores singulares, la representación sería privativa de aquél y únicamente cuando la sociedad estuviese regida por Administradores solidarios podría diferenciarse la función de gestión y la de representación que podría estar atribuida exclusivamente a alguno de aquéllos. En los demás casos el órgano de representación siempre es el Consejo y los restantes cargos a que antes hacíamos referencia sólo son simples Apoderados.

En nada altera lo expuesto el proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas enviado a las Cortes por cuanto en su artículo 13, aparta-

do *h),* nos dice que en los Estatutos se hará constar: «El órgano al que se confía la administración y representación de la sociedad», resaltando como diferencias con el texto actual la circunstancia de que sólo cabe designar un órgano contra lo dispuesto en el artículo 11 del texto actual y 102 del Reglamento y la Resolución de 26 de noviembre de 1981, y unificando funciones de administración y representación, y si bien en el texto remitido por éstas al Senado parecen haberse introducido modificaciones al enumerarse distintos órganos posibles, subsiste la diferenciación de gestión o administración y representación sólo cuando se refiere a órgano distinto del Consejo de Administración pero no cuando actúa éste. Así tal redacción dispone que en los Estatutos habrá de constar: «*h)* El órgano al que se le confía la administración de la sociedad, determinando si se atribuye a un Administrador único, a varios administradores solidarios o a un Consejo de Administración, así como la indicación de los Administradores a los que se atribuye la representación y su régimen de actuación... Si la administración y representación de la sociedad se confiase a un Consejo de Administración se expresará el modo de deliberar y adoptar los acuerdos».

Verdaderamente el nuevo texto ha tratado de introducir en tal reforma los órganos posibles, ya que ésta, de momento, no regula todo lo realtivo a la administración de la sociedad y del mismo modo que se introdujo en el artículo 76 en orden a las facultades y plazo de los administradores aquí se enumeran los órganos posibles, aunque sea materia más propia del Reglamento, pero como decimos en nada altera lo anteriormente expuesto, símplemente queda clarificado que sólo es posible establecer un órgano de administración frente al criterio de admisión de varios que resultaba de la Ley vigente y Reglamento y de la citada Resolución de 24 de noviembre de 1981; y que en la enumeración de órganos que contiene se diferencia la regulación de los Administradores de la del Consejo, y si bien respecto de los primeros se exige la indicación de los Administradores a los que se atribuye la representación, lo que implica que algunos la puedan ostentar y otros no, para el supuesto del Consejo conserva la redacción anterior mejorando la del artículo 76 actual al englobar «administración y representación» cuando se trata del Consejo exigiendo además que se exprese el modo de deliberar y adoptar acuerdos, circunstancias éstas que también se exigen en algún texto de los actualmente vigentes pero que en la práctica su exigencia se ha minimizado bastante (ver arts. 11-3.º, *j,* de la Ley de Sociedades Anónimas y 7 de la Ley de Sociedades Limitadas, y Resolución de 24 de abril de 1980).

Tal confusión en las denominaciones ya se puso de manifiesto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1979 cuando en su Considerando tercero nos dice: «Conside-

rando que la distinción entre lo que constituye la representación orgánica de la sociedad —supuesto en que ésta actúa por sí— y el caso en que este tipo de entes actúan —como cualquier otro— a través de personas ajenas a sus órganos y que permite el artículo 77 de la Ley, y que es evidente en el plano teórico y conceptual no se refleja con la nitidez debida cuando se trata de plasmar esta diferenciación en la realidad cotidiana, en donde con diferentes denominaciones introducidas por la práctica se entremezclan una u otra situación, y de ahí el frecuente confusionismo que hay que tratar de evitar para que resulten claramente delimitadas ambas figuras, y puedan aplicarse a una y otra las normas legales que le son propias —las especiales de la Ley de Sociedades Anónimas— para los Administradores y las propias de la representación para quienes actúen como Apoderados «y en el sexto *in fine* añade» que del propio contexto del artículo 25 de los Estatutos transcrito en la escritura e inscrito en el Registro Mercantil y que se refiere al desempeño del cargo de Consejero Delegado o Director Gerente, sin que se requiera la cualidad de miembro del Consejo de Administración, se deduce, por reducción al absurdo, que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de los apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la Ley».

Figura distinta a pesar de que la enumeración puede parecer similar es la del Director General o simplemente Director. La propia Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 59, ya contiene regulación diferente para esta figura y la de los Gerentes, y así mientras éstos tienen derecho a asistir a las Juntas Generales, a no ser que los Estatutos lo prohíban expresamente, sin embargo aquéllos precisan de la autorización expresa de los Estatutos para que los Directores y Técnicos puedan asistir a las mismas. O sea, regulación totalmente contrapuesta a la anterior, por lo que, en caso de silencio en los Estatutos sociales, los Gerentes tienen derecho de asistencia, mientras que los Directores carecen de tal derecho, y ello es porque, como dice GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 146), «el campo de actuación generalmente reservado al Director General es no tanto el de la Sociedad Anónima cuanto el de la empresa social, a cuyo frente se halla: su actividad no es propiamente jurídica, sino más bien de carácter técnico y económico».

Así, pues, como resumen de esta parte, podemos reseñar que habrá que estar a los Esatutos sociales para comprobar si las denominaciones de Gerente o Director Gerente son aplicadas como sinónimas de los Administradores sociales o si existen además de éstos. En el primer caso les serán aplicables las normas de la Ley de Sociedades Anónimas y en el segundo las relativas a los poderes, concepto en el que quedan englobados.

Volviendo al estudio de la figura del Secretario, que es la objeto de este trabajo, surge inmediatamente la cuestión de su posible inscripción en el Registro Mercantil, y de admitirse ésta cuál será la forma de llevarla a efecto.

Respecto al primer punto hay que señalar que ni el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas, ni el Reglamento del Registro Mercantil contemplan otros supuestos de inscripción que los de los Administradores y apoderados, así se deduce claramente de los artículos 21 del Código de Comercio, 11 de la Ley de Sociedades Anónimas y 76, 77 y 86 del Reglamento del Registro Mercantil. El nacimiento de esta espúrea figura no era contemplado por el legislador y ya resaltábamos la anomalía y contradicción que suponía el Secretario *del Consejo* que no pertenece al Consejo, mas es lo cierto que la práctica la ha venido consagrando y que los Estatutos pueden establecerla, por lo que habida cuenta de que, como veremos, una de sus funciones es la de expedir las certificaciones de los acuerdos del Consejo, resulta evidente la necesidad de que tal nombramiento conste en el Registro Mercantil, ya que será el único medio de que el Registrador pueda comprobar que las correspondientes certificaciones están libradas por persona legítimamente autorizada para ello; y aun cuando, como decimos, no aparece tal supuesto en la legislación correspondiente, sí que encontramos un texto legal en que podría encontrar apoyatura, y es el Decreto de 29 de marzo de 1973, aprobatorio del arancel de los Registros Mercantiles, cuando en su número 13.*a),* se refiere a la «inscripción de autorizaciones, licencias maritales, renuncias, revocaciones, limitaciones o ampliaciones de facultades, así como por los de *nombramiento o revocación* de Consejeros, Gerentes, Censores de Cuentas, Administradores o personas que ostenten o desempeñen la representación social u *otros cargos sociales*... «En este cajón de sastre que supone el «otros cargos sociales» pueden entenderse comprendidos esos Secretarios que tienen una función social limitada, pero cuya constancia, si existen, es necesaria en el Registro Mercantil.

Entramos ahora en el estudio del ámbito de su actuación, aunque ya a lo largo de este trabajo hemos reiterado que su función, evidentemente técnica, queda limitada, a nuestro juicio, a redactar las actas de los acuerdos del Consejo y expedir las certificaciones de los mismos. Algunos han atribuido también a tal cargo la facultad de ejecutar los acuerdos del Consejo si éste les designa para ello en el correspondiente acuerdo (ver acta del Seminario Nacional de Derecho Mercantil Registrable, publicada en el *Boletín del Colegio de Registradores* de abril de 1988, pág. 721). No consideramos admisible esta posibilidad. La representación de la sociedad por imperativo del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas compete al Consejo de Administración, órgano colegiado, de ahí que como dice

GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 120): «Al decir el artículo 76 que la representación de la sociedad corresponde al Consejo de Administración, expresa claramente la idea de que el órgano representativo de la sociedad es el propio Consejo como colectividad y no los Consejeros aislados. Esto significa que en materia de contratación, la firma de la sociedad la tiene el Consejo y que, por tanto, se requiere la concurrencia de todos los miembros de ese organismo a no ser que haya mediado una delegación de las que permite el artículo 77».

Y añade más adelante: «El sistema de la Ley española de 1951 se asemeja más al sistema germánico: la representación de la sociedad y, por tanto, el uso de la firma social, corresponde al colegio de Administradores (Consejo de Administración) y no a los Administradores aislados. El Consejero aislado sólo a virtud de una delegación especial puede actuar como representante de la sociedad».

La postura es lógica y responde a la contextura de los órganos colegiados en los que, previa citación de todos sus componentes y la asistencia del quórum legal, se adoptan los acuerdos por mayoría, oyendo a todos sus componentes. Ello comporta el que todos conjuntamente, cualquiera que sea su postura en el acuerdo, deben concurrir al acto a formalizar, mas como ello comportaría enormes dificultades, especialmente si hay votos contrarios, en la práctica, como dice GARRIGUES (pág. citada) «el Consejo de Administración no actúa en las relaciones con terceros como órgano colegiado, sino que, a fin de evitar los graves inconvenientes de una actuación conjunta, suele confiar a uno o dos miembros *de su seno* la misión de llevar a ejecución frente a tercero los acuerdos del Consejo. A esta hipótesis, que es la normal, se refiere el artículo 77 de nuestra Ley».

Por idéntica razón, dado que el Presidente del Consejo no es más que uno de sus componentes, consideramos errónea la afirmación de la citada acta de que al Presidente, aunque no tenga facultades delegadas ni autorización explícita del Consejo, le compete su representación. El Presidente tiene unas funciones específicas dentro del Consejo, convoca sus reuniones, las preside, puede ejercitar el voto dirimente en los supuestos de empate si los Estatutos le atribuyen dicha facultad, pero no representa al Consejo.

Lo dicho anteriormente es igualmente aplicable al supuesto que nos ocupa, es decir, al del Secretario, que no forma parte del Consejo, pues al no ser componente de tal órgano no puede representarlo ni aunque haya sido especialmente autorizado para ello en el correspondiente acuerdo. La certificación del mismo no es más que un documento privado y para otorgar actos o contratos sujetos a inscripción por imperativo del artículo 1.280-5, del Código Civil, se requiere la escritura pública. Así lo reconocen las Resoluciones de 3 de septiembre de 1980 y 26 de octubre de 1982, que exigen para tales supuestos el otorgamiento del oportuno poder.

Lo que sucede es que en la práctica el problema casi siempre se soslaya porque es normalmente el Consejero Delegado quien actúa, el cual ya tiene atribuida previamente la facultad representativa o porque específicamente se designa al Consejero que ha de ejecutar el acuerdo que necesariamente ha de ser, como dice GARRIGUES, *de su seno* y nunca persona ajena al mismo como lo es el Secretario Técnico, que no forma parte del Consejo. Esta última forma de delegación a cualquier Consejero no exige los requisitos especiales de forma del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino simplemente la certificación del correspondiente acuerdo.

En cuanto a los requisitos personales que habrá de reunir el nombrado habrá que estar, como en toda esta regulación, a los Estatutos sociales por lo que no será preciso que reúna la condición de accionistas, salvo que la norma estatutaria así lo establezca, al igual que sucede respecto de los Consejeros.

Como conclusiones podemos señalar:

1. Que únicamente los Estatutos pueden crear la figura del Secretario del Consejo no Consejero.
2. Que los requisitos que debe reunir deben igualmente aparecer en ellos, que pueden exigir la condición de accionista, titulación adecuada, etc.
3. Que el órgano competente para su designación, dada su limitada función y carácter técnico de asesoramiento y colaboración al Consejo, ha de ser éste, salvo que los Estatutos dispongan otra cosa, y del mismo modo le competerá su revocación.
4. Que sus funciones quedan limitadas a la redacción de las actas de las sesiones del Consejo y certificar de sus acuerdos con el visto bueno del Presidente, sin que en ningún caso ostente funciones representativas ni de ejecución de acuerdos.
5. Que su nombramiento debe ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, a fin de garantizar la legitimación de las certificaciones expedidas por él mismo; y
6. Que su función no guarda relación alguna con la de los Gerentes, Directores Gerentes, ni Directores, siendo meramente técnica y no de gestión ni representación.

LAURA MARÍA CANO ZAMORANO
Registradora Mercantil número 2
de Valencia

Empresario individual de responsabilidad limitada

ANEXO A LA LEGISLACION COMPARADA

Añadimos a la exposición de la legislación comparada sobre responsabilidad limitada del empresario individual que se publicó en el número anterior de esta Revista estas breves notas para tratar de la recientemente aprobada XII Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (89/667/CEE), así como del régimen de la sociedad unipersonal en los Derechos holandés y danés.

Duodécima Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 en materia de Derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único

(89/667/CEE)

EL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 54.

Vista la propuesta de la Comisión.

En cooperación con el Parlamento Europeo,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social,

Considerando que es necesario coordinar, para hacerlas equivalentes, determinadas garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros;

Considerando que, en este ámbito, por una parte, las Directivas 68/151/CEE y 78/660/CEE, modificadas en último lugar por el Acta de

adhesión de España y de Portugal, y 83/349/CEE, modificada por el Acta de adhesión de España y de Portugal, relativas a la publicidad, la validez de los compromisos y la nulidad de la sociedad, así como las cuentas anuales y las cuentas consolidadas, se aplican al conjunto de las sociedades de capital, que, por otra parte, las Directivas 77/91/CEE y 78/855/CEE, modificadas en último lugar por el Acta de adhesión de España y de Portugal, y 82/891/CEE, relativas a la constitución y al capital y a las fusiones y escisiones respectivamente, sólo se aplican a las sociedades anónimas;

Considerando que el Consejo adoptó mediante Resolución de 3 de noviembre de 1986 el programa de acción para las pequeñas y medianas empresas (PYME);

Considerando que las reformas introducidas en algunas legislaciones en los últimos años destinadas a permitir la sociedad de responsabilidad limitada con un único socio han dado lugar a divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros;

Considerando que conviene prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad, sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que, en casos excepcionales, imponen una responsabilidad a dicho empresario con respecto a las obligaciones de la empresa;

Considerando que una sociedad de responsabilidad limitada puede tener un socio único en el momento de su constitución, así como por la concentración de todas sus participaciones en un solo titular, que hasta una posterior coordinación de las disposiciones nacionales en materia de derecho de agrupaciones los Estados miembros pueden prever ciertas disposiciones especiales, o sanciones, cuando una persona física sea socio único de varias sociedades o cuando una sociedad unipersonal o cualquier otra persona jurídica sea socio único de una sociedad, que el único objetivo de esta facultad es tener en cuenta las particularidades que existen actualmente en determinadas legislaciones nacionales, que a tal efecto, los Estados miembros podrán, para casos específicos, establecer restricciones al acceso a la sociedad unipersonal, o una responsabilidad ilimitada del socio único, que los Estados miembros son libres de establecer normas para hacer frente a los riesgos que pueda representar una sociedad unipersonal a causa de la existencia de un único socio, en particular para garantizar la liberación del capital suscrito;

Considerando que la concentración de todas las participaciones en un solo titular y la identidad del único socio deberán ser objeto de publicidad en un registro accesible al público;

Considerando que es necesario que las decisiones tomadas por el socio único en cuanto Junta de accionistas revistan la forma escrita;

Considerando que debe exigirse también la forma escrita en los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad por él representada, en la medida en que dichos contratos no sean relativos a operaciones corrientes realizadas en condiciones normales,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

Artículo 1. Las medidas de coordinación establecidas en la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las formas de sociedades siguientes:

— En la R. F. de Alemania: Gesellschaft mit beschrankter Haftung.
— En Bélgica: Société privée à responsabilité limitée, Besloten venno otschap met beperkte aansprakelijkheid.
— En Dinamarca: Anpartsselskaber.
— En España: Sociedad de responsabilidad limitada.
— En Francia: Société à responsabilité limitée.
— En Grecia: Εταιρεια περιοριομενησ ευθυνησ.
— En Irlanda: Private company limited by shares or by guarantee.
— En Italia: Società a responsabilità limitata.
— En Luxemburgo: Société à responsabilité limitée.
— En los Países Bajos· Besloten vennoostschap met beperkte aansprakelijkheid.
— En Portugal: Sociedade por quotas.
— En el Reino Unido: Private company limited by shares or by guarantee.

Art. 2. 1. La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular (sociedad unipersonal).

2. Hasta una posterior coordinación de las disposiciones nacionales en materia de derecho de agrupaciones, las legislaciones de los Estados miembros podrán prever disposiciones especiales o sanciones:

a) Cuando una persona física sea socio único de varias sociedades, o

b) Cuando una sociedad unipersonal o cualquier otra persona jurídica sea socio único de una sociedad.

Art. 3. Cuando una sociedad se convierta en sociedad unipersonal mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular deberá indicarse esta circunstancia así como la identidad del socio único, ya sea en el expediente de la sociedad o inscribirse en el registro a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 68/151 CEE, ya sea transcribirse en un registro de la sociedad accesible al público.

Art. 4. 1. El socio único ejecerá los poderes atribuidos a la Junta general.

2. Las decisiones adoptadas por el socio único en el ámbito contemplado en el apartado 1 deberán constar en acta o consignarse por escrito.

Art. 5. 1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por el mismo deberán constar en acta o consignarse por escrito.

2. Los Estados miembros podrán no aplicar dicha disposición a las operaciones corrientes celebradas en condiciones normales.

Art. 6. Cuando un Estado miembro admita también para la sociedad anónima la sociedad unipersonal definida en el apartado 1 del artículo 2 se aplicarán las disposiciones de la presente Directiva.

Art. 7. Un Estado miembro podrá no permitir la sociedad unipersonal cuando su legislación prevea, para los empresarios individuales, la posibilidad de constituir empresas de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, siempre y cuando se prevean, con respecto a estas empresas, unas garantías equivalentes a las impuestas en la presente Directiva, así como en las demás disposiciones comunitarias que se aplican a las sociedades mencionadas en el artículo 1.

Art. 8. 1. Los Estados miembros adoptarán, antes del 1 de enero de 1992, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva. Informarán de ello a la Comisión.

2. Los Estados miembros podrán prever que, con respecto a las sociedades ya existentes el 1 de enero de 1992, las disposiciones de la presente Directiva no se apliquen antes del 1 de enero de 1993.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Art. 9. Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas el 21 de diciembre de 1989.— Por el Consejo, el Presidente, F. Cresson.

La sociedad unipersonal en los Países Bajos

El libro 2 del Código Civil holandés, en su artículo 64, en la redacción dada por la Ley de 16 de mayo de 1986 (*Diario Oficial* num. 275), y en vigor desde el 1 de enero de 1987, reza:

«1. La sociedad anónima es una persona jurídica con un capital social dividido en acciones negociables. El accionista no responde personalmente por lo hecho en nombre de la sociedad y no está obligado a contribuir a

las pérdidas sociales más que hasta donde alcance el importe que comprometió desembolsar por sus acciones.

2. La sociedad se constituye por una o varias personas mediante escritura pública, en base a un proyecto, a la vista del cual el Ministro de Justicia ha expedido una declaración de no objeción. Salvo en caso de constitución como consecuencia de una fusión, cada fundador participa por igual en el capital social.

3. La constitución debe otorgarse ante Notario en los tres meses siguientes a la fecha de la declaración de no objeción, bajo pena de caducidad. El Ministro puede, a petición de los interesados, y por motivos graves prolongar este plazo tres meses más a lo sumo».

El artículo 175, tal como resulta de la Ley de 16 de mayo de 1986 (*Diario Oficial* núm. 275), en vigor desde el 1 de enero de 1987, reza:

«1. La sociedad de responsabilidad limitada es una persona jurídica con un capital social dividido en participaciones. Las participaciones no están representadas por valores mobiliarios y no son libremente negociables. El socio no responde personalmente por lo hecho en nombre de la sociedad, y no está obligado a contribuir a las pérdidas sociales más que hasta donde alcance el importe que comprometió a desembolsar por sus participaciones.

2. La sociedad se constituye por una o varias personas mediante escritura pública en base a un proyecto a la vista del cual el Ministro de Justicia ha expedido una declaración de no objeción. Salvo en el caso de constitución como consecuencia de una fusión cada fundador participa por igual en el capital social.

3. La constitución debe otorgarse ante Notario en los tres meses siguientes a la fecha de la declaración de no objeción bajo pena de caducidad. El Ministro puede a petición de los interesados y por motivos graves prolongar este plazo tres meses más a lo sumo».

Sociedad unipersonal en Dinamarca

La Ley número 371 de 13 de junio de 1973, sobre sociedad de responsabilidad, reza lo siguiente:

Artículo 3. «Una sociedad de responsabilidad limitada puede constituirse por uno o más socios fundadores...» (Para la sociedad anónima la Ley 370, de 13 de junio de 1973 —artículo 3.2—, se prevé que «el número de socios fundadores no debe ser inferior a tres»).

El artículo 14, *d,* dispone: «Si una sociedad dominante poseyese más de nueve décimas partes de las cuotas o de las acciones de una sociedad controlada (...) el Consejo de Administración de las dos sociedades puede

decidir que el resto de las cuotas o de las acciones de la sociedad controlada sean adquiridas por la sociedad dominante».

El artículo 14, *f*, reza: «Si una sociedad dominante poseyere más de nueve décimas partes de las cuotas o de las acciones de una controlada (...) cualquier socio de la minoría de la sociedad controlada tiene el derecho de optar porque sean adquiridas sus propias cuotas o sus acciones por parte de la sociedad dominante (...)».

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador Mercantil de Barcelona

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Convenio de España con Austria sobre títulos universitarios.*—En el *BOE* del 24 de enero pasado se publica el Instrumento de Ratificación de este Convenio firmado en Viena el 21 de enero de 1983.

El tema central del tratado se contiene en el artículo 4.º, que dice así:

1.1. Los grados académicos obtenidos conforme a las carreras universitarias que se indican en el anexo a este Convenio serán reconocidos como equivalentes en virtud del principio de reciprocidad; el titular de un grado académico universitario austriaco, de acuerdo con las carreras austriacas que se indican en el anexo al Convenio, habrá de ser admitido directamente, sin necesidad de pruebas adicionales ni suplementarias, a los estudios de doctorado de una Universidad española en la que existan dichos estudios. El titular de un grado universitario español, de acuerdo con las carreras españolas que se indican en el anexo al Convenio, habrá de ser admitido directamente, sin necesidad de pruebas adicionales ni suplementarias, a los estudios de doctorado en una Universidad austriaca en que existan dichos estudios de doctorado.

1.2. La admisión a estos estudios se supeditará, en ambos Estados contratantes, a la existencia de plazas disponibles y se requerirá, además de la presentación de los correspondientes diplomas o certificados de estudios universitarios, solamente una prueba del conocimiento de la lengua respectiva en grado suficiente para seguir los estudios.

1.3. Para obtener el reconocimiento de esta equivalencia, las personas que hayan obtenido un grado académico en Austria presentarán la documentación exigida a la autoridad competente española, las personas que hayan obtenido un grado académico en España presentarán la documentación exigida ante el Ministerio Federal austriaco de Ciencia e Investigación.

2. *Acuerdo de cooperación agrícola entre España y Portugal.*—Se publica este Acuerdo, hecho en Salamanca el 28 de noviembre de 1987, en el *BOE* del día 23 de febrero pasado.

Según su artículo I, ambas Partes promoverán la cooperación en materia de investigación, extensión rural, formación profesional, desarrollo agrario y silvicultura entre ambos países en temas de interés mutuo, que serán determinados anualmente.

Y en su artículo II se establece que la cooperación a que se refiere el artículo I se llevará a cabo en las siguientes modalidades:

a) Intercambio de experiencias, en particular a través de visitas de información, seminarios y simposios.

b) Intercambio de documentación científica y técnica y de material biológico.

c) Intercambio de investigadores, técnicos y expertos en estancias de corta o de larga duración.

d) Realización conjunta de programas y proyectos.

3. *Duodécima Directiva CEE sobre sociedades de socio único.*—Según su artículo 2.º, la sociedad de responsabilidad limitada podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular (sociedad unipersonal).

Insertamos todo el texto de esta Directiva, dado su interés, en nuestra Sección «Dictámenes y Notas», con anotaciones de nuestro colaborador don Luis Fernández del Pozo sobre legislación de los Países Bajos y Dinamarca en este tema.

B) Legislación española

Durante los dos meses pasados no se ha publicado en el *BOE* ninguna disposición de rango legal en el ámbito nacional.

Tan sólo cabe señalar que se publicó el día primero de febrero una amplia lista de corrección de errores que deben tenerse en cuenta para su rectificación en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que se contiene en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

C) Comunidades autónomas

Se han publicado últimamente, entre otras, las siguientes disposiciones autonómicas destacables:

— En *Baleares*, el Decreto de 30 de noviembre de 1989, publicado en su *Boletín* regional del día 21 de diciembre, que regula las sociedades cooperativas que, con domicilio en las Islas Baleares, desarrollen allí mismo sus actividades, creando el Registro especial de estas sociedades.

— En *Canarias*, la Ley de 29 de enero 1990, publicada en su *Boletín* el día 31 siguiente, relativa a las fundaciones que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias.

— En *Cataluña*, la Ley de 14 de diciembre de 1989, inserta en el *Diario Oficial de la Generalidad* el 22 siguiente y en el *BOE* el 12 de enero de este año, establece el régimen jurídico y la organización

de la Administración Pública de la Generalidad catalana y sus organismos autónomos.

Y la Ley de 8 de enero de 1990, publicada en el *Diario Oficial* dicho, sobre disciplina del mercado y defensa de los consumidores, regula la potestad sancionadora de la Administración Pública en el ámbito del mercado interior de Cataluña.

— En *Extremadura*, la Ley de 27 de diciembre 1989, inserta en el *Diario Oficial* regional del 2 de enero siguiente, determina la capitalidad de los partidos judiciales.

— En *Navarra*, la Ley Foral de 29 de diciembre de 1989 modifica algunos preceptos de la Norma sobre Reforma de las Haciendas Locales, que fue aprobada por Acuerdo del Parlamento Foral en 1981. Se publica en el *Boletín* navarro en la misma fecha que lleva la Ley Foral.

El Decreto Foral de 20 de diciembre de 1989, publicado en el *Boletín de Navarra* de 8 de enero siguiente, crea, organiza y regula el Registro especial de arrendamientos rústicos.

— Por último, en *Valencia*, la Ley de 29 de diciembre de 1989, publicada al día siguiente en su *Diario Oficial*, señala la capitalidad de los partidos judiciales de la Comunidad Valenciana.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Ciclo de conferencias en Avila.*—Los Colegios de Abogados y Economistas de Avila y la Federación de Empresarios organizaron este ciclo dedicado al estudio de la nueva regulación de las sociedades mercantiles.

Las conferencias desarrolladas fueron las siguientes:

«La Ley 19/89: Principales novedades». A cargo de don José María Cervello Grande, Abogado del Estado (excedente).

«La adaptación de las sociedades existentes a la nueva legislación». A cargo de don Alfredo Sánchez Bella, Abogado del Estado (excedente).

«La nueva Ley de Sociedades y las obligaciones ante el Registro Mercantil». A cargo de don Juan Jiménez de la Peña, Abogado, Registrador de la Propiedad de Huesca.

Moderador, don Sergio Regúlez Díaz, Registrador de la Propiedad de Avila.

2. *Conferencias en Gerona.*—En la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Gerona han tenido lugar varias conferencias sobre el mismo tema de la nueva legislación de las sociedades mercantiles.

Las conferencias fueron desarrolladas por los siguientes señores:

— Don Jesús Garbayo Blanch, Registrador Mercantil de Gerona, disertó sobre «Necesidad de la reforma. Novedades del Código de Comercio y período de adaptación» y «Novedades en la escritura fundacional y en los Estatutos sociales».
— Don Enrique Brancós Núñez, Notario de Gerona, sobre «Modificaciones estatutarias. Disolución y liquidación».
— Y don Ramón Gorbs Turbany, Asesor jurídico-fiscal, sobre «Aspectos contables de la reforma. Régimen de cuentas anuales».

3. *Academia Matritense del Notariado.*—Ha continuado el ciclo de conferencias sobre sociedades mercantiles en homenaje a don Manuel de la Cámara.

Durante los dos meses pasados se han desarrollado, todas a cargo de Notarios de Madrid, las que se detallan:

«Régimen jurídico de las acciones». Conferenciante: Don José Luis Martínez Gil.

«El capital social en la Sociedad Anónima». Conferenciante: Don Félix Pastor Ridruejo.

«Fusión y escisión de Sociedades». Conferenciante: Don José Antonio Escartín Ipiens.

«Emisión de obligaciones». Conferenciante: Don José María de Prada González.

«Organos de la Sociedad Anónima». Conferenciante: Don José María Olivares James.

4. *Jornada sobre «Aspectos prácticos de la entrada en vigor de la nueva legislación de sociedades y del Registro Mercantil».*— En la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Salamanca se celebró el 19 de enero esta jornada, donde se desarrollaron estas ponencias, todas ellas a cargo de Registradores Mercantiles de Madrid:

«Ley de reforma, retroactividad y adaptación», por don Juan Antonio Pérez de Lema y Munilla.

Doce horas: «El Registro Mercantil ante la nueva Ley de Sociedades», por don José María Rodríguez Berrocal.

Trece horas: «La Sociedad en el período transitorio», por don Valentín Barriga Rincón.

5. *Seminario sobre sociedades mercantiles.*—Se ha celebrado en Torremolinos, organizado por el Colegio de Abogados de Málaga, con la colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad, con este programa:

Conferencia de apertura del seminario a cargo del ilustrísimo señor don Francisco Carpio Mateos, Notario de Granada y Director de la Academia Granadina del Notariado.

Primera ponencia: «Actos previos y preparatorios de la fundación de la sociedad y fundación propiamente dicha». Ponentes: Don Andrés Tortosa Muñoz (Notario), don Alfonso Casasola Tobía (Notario), don José Antonio Romero Fernández (Abogado), don José María Davó Fernández (Abogado). Moderador: Don Francisco Carpio Mateos.

Segunda ponencia: «Asientos en el Registro Mercantil». Ponente: Don Francisco Mesa Martín (Registrador Mercantil de Málaga). Moderador: Don Cayetano Utrera Ravassa, Notario y Delegado de la Junta Directiva en el Distrito Notarial de Málaga.

Tercera ponencia: «Régimen jurídico de las acciones». Ponentes: Don Fernando Salmerón Escobar (Notario), don José Manuel Cabra de Luna (Abogado), don Constantino Reca Antequera (Registrador). Moderador: Don Cayetano Utrera Ravassa.

Cuarta ponencia: «Organos de la sociedad e impugnacion de acuerdos». Ponentes: Don José Antonio Peláez García (Abogado), don Nielson Sánchez Stewart (Abogado), don Alberto Llamas Saavedra (Abogado), don José Manuel de Torres Puentes (Notario), don Pedro Sánchez Marín (Registrador). Moderador: Ilustrísimo señor don Agustín Moreno Cano, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

Quinta ponencia: «Capital social, fusiones, escisiones y transformaciones de la Sociedad Anónima». Ponentes: Don Emilio Alcázar López (Abogado), don Francisco de Borja Igartua Fesser (Notario), don Antonio Olmedo Martínez (Notario), Moderador: don Agustín Moreno Cano.

Sexta ponencia: «Registro Mercantil Central». Ponente: Don Miguel González Laguna (Registrador). Moderador: Don Angel Lacal Fluxa, Delegado de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio Nacional de Registradores.

Conferencia de clausura a cargo del Ilustrísimo señor don Vicente Moreno-Torres Sevilla, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Granada.

6. *Jornadas de estudio del nuevo Reglamento del Registro Mercantil.*—Organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, se han desarrollado las siguientes ponencias:

Día 19 de febrero:

«El nuevo Registro Mercantil: su publicidad». Ponente: Don José Cándido Paz-Ares Rodríguez, Catedrático de Derecho Mercantil, Director general de los Registros y del Notariado, de la Comisión Redactora del Reglamento del Registro Mercantil.

«El documento inscribible y sus requisitos». Ponente: Don José María Rodríguez Barrocal, Registrador Mercantil de Madrid.

«Transformaciones, fusiones y escisiones de sociedades». Ponente: Don Juan Serrada Hierro, Abogado del Estado excedente, Vicesecretario del Consejo del Instituto Nacional de Industria.

Día 20 de febrero:

«El Registro Mercantil Informativo Central y el Boletín Oficial del Registro Mercantil». Ponente: Don Miguel González Laguna, Registrador de la Propiedad de Madrid encargado del Registro Mercantil Informativo Central, de la Comisión Redactora del Reglamento del Registro Mercantil.

«Constitución de sociedades». Ponente: Don Víctor Manuel Garrido Palma, Notario de Madrid.

«Las inscripciones relativas al capital social». Ponente: Don Valentín Barriga Rincón, Registrador Mercantil de Madrid.

«La modificación de los estatutos sociales». Ponente: Don Juan Luis Iglesias Prada, Catedrático de Derecho Mercantil, Abogado-socio del bufete Uría-Menéndez, de la Comisión Redactora del Reglamento del Registro Mercantil.

Día 21 de febrero:

«Nuevas funciones del Registro Mercantil». Ponente: Don José Luis Benavides del Rey, Registrador Mercantil de Madrid.

«La Junta general». Ponente: Don Antonio Pau Padrón, Registrador de la Propiedad Mercantil, Notario, Letrado del Estado y Subdirector general del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, de la Comisión Redactora del Reglamento del Registro Mercantil.

«El órgano de administración». Ponente: Don Angel Rojo Fernández-Río, Catedrático de Derecho Mercantil, Abogado, de la Comisión Redactora del Reglamento del Registro Mercantil.

7. *Curso sobre «Presente y futuro del "leasing" en España».*—Dirigido por don Manuel Amorós Guardiola, Registrador de la Propiedad y Catedrático del Derecho Civil, se ha celebrado este curso en la Escuela Libre de Derecho y Economía durante los días 19, 20 y 21 de febrero, con el siguiente programa:

«El "leasing" como técnica de funcionamiento». Ponente: Don José T. Raga Gil, Catedrático de Economía, Política y Hacienda Pública.

«El "leasing" mobiliario en general». Ponente: Don José María de la Cuesta Rute, Catedrático de Derecho Mercantil

«El "leasing" inmobiliario en general». Ponente: Don Manuel Amorós Guardiola, Catedrático de Derecho Civil, Registrador de la Propiedad.

«Las condiciones generales del "leasing" mobiliario». Ponente: Don José María de la Cuesta Rute, Catedrático de Derecho Mercantil.

«Las condiciones generales del "leasing" inmobiliario». Ponente: Don Manuel Amorós Guardiola, Catedrático de Derecho Civil, Registrador de la Propiedad.

«Jurisprudencia sobre el "leasing"». Ponente: Don Xavier O'Callaghan Muñoz, Catedrático de Derecho Civil, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

«Aspectos procesales del "leasing"». Ponente: Don Andrés de la Oliva Santos, Catedrático de Derecho Procesal.

«Aspectos fiscales del "leasing"». Ponente: Don José Luis Lampreave Pérez, Catedrático de Economía Política y Hacienda Pública.

8. *Jornadas sobre nueva regulación mercantil en Granada.*—Se han celebrado en los días 20 a 23 de febrero con las siguientes intervenciones:

«Los órganos de las Sociedades Anónimas y los derechos de los accionistas en la nueva Ley». Ponente: Don Luis de Angulo Rodríguez, Abogado y Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada.

«Régimen jurídico de las acciones y obligaciones». Ponente: Don Alberto García-Valdecasas Fernández, Corredor Colegiado de Comercio del Ilustre Colegio Oficial de Corredores de Comercio de Granada.

«Las cuentas anuales en la reforma legal». Ponente. Don José Luis Pérez-Serrabona González, Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada.

«Control de cuentas en la nueva Ley. Relación con la Ley de Auditoría de Cuentas». Ponente: Don José Luis Achaerandio.

«Otras sociedades capitalistas ante la nueva regulación». Ponente: Don Jaime Mairata Laviña.

«Nueva regulación de Sociedades Anónimas: problemática que plantea su aplicación ante las Juntas generales de 1990 (ejercicio 1989). Interrogantes, cuestiones y aspectos prácticos». Ponente: Don Juan Manuel Echevarría Hernández, Director general del Banco Central y Jefe de los Servicios Jurídicos, Abogado del Estado excedente, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

«Adaptación de estatutos de las sociedades actuales. Recomendaciones prácticas» y «Competencias del Registro Mercantil como consecuencia de la nueva regulación». Ponente: Don José Angel García-Valdecasas Butrón, Registrador Mercantil de Granada.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 6 de octubre de 1989.*— ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—No hay traspaso cuando se ha adjudicado, en un proceso de separación conyugal, por la sentencia judicial, un local que además venía siendo regentado por la mujer antes de separarse.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. Gimeno Sendra.

Hechos.—A) Don Antonio, estando casado con la promovente del amparo, doña Angelina, suscribió el 2 de septiembre de 1969 contrato de arrendamiento de local de negocio familiar con el propietario del mismo, don Vicente. El inmueble arrendado era una nave diáfana que requirió para el establecimiento del negocio de panadería y bollería la realización de importantes instalaciones con peculio de carácter ganancial, llevando la contratación indistintamente uno y otro esposos, y gestionando ambos el negocio desde su inauguración con conocimiento del arrendador, con el que mantenían una gran amistad que se interrumpiría al producirse la separación conyugal.

B) El 3 de septiembre de 1984, por Sentencia del JPI Elche número 2, se decretó la separación de los cónyuges, quedando con la madre los cuatro hijos del matrimonio, de los cuales el mayor es enfermo mental.

C) Mediante providencia de 23 de febrero de 1985 se dispuso que, en atención al incumplimiento de las obligaciones económicas señaladas al esposo, y al ser el negocio ganancial, la esposa regentase la panadería en alternancia con aquél por períodos de seis meses. La separación fue motivo de permanente conflictividad llegándose para el pago de las pensiones vencidas al trámite de subasta de los bienes de la sociedad conyugal. Esta situación de violencia, y el temor a que se llegase a una tercera subasta que podría suponer una cesión devaluada de los bienes sin posibilidad de mejora de postura por la esposa al carecer de dinero efectivo, obligaron a doña Angelina a aceptar la liquidación y participación del haber ganancial que el esposo propuso en escrito de 8 de mayo de 1985, del que dio traslado el Juzgado por providencia de 25 de mayo de 1985, y quedó plasmado en 27 de julio de 1985, del procedimiento de separación 377/1984, del JPI Elche número 2.

D) Adjudicado el negocio a la esposa con el indicado refrendo judicial y efectuado el oportuno requerimiento notarial para que en adelante los recibos se expidieran a nombre de aquélla, el propietario del local, don Vicente, formuló demanda de resolución de contrato de local de negocio —panadería— contra don Antonio ante el JPI Elche número 3, interesando por medio de otro si fuera dado traslado de la misma a doña Angelina.

E) La demanda mencionada, que se basa en que la adjudicación efectuada al practicarse la división de bienes gananciales por el JPI Elche número 3 en Sentencia de 21 mayo de 1986, dictada en el proceso civil 90/1986, entendiendo que el alquiler del local de negocio se realizó constante matrimonio y se presume corresponde al activo de la Sociedad legal de gananciales, máxime cuando, según facturas aportadas, ambos esposos trabajaban el negocio, y, por tanto, susceptible de ser adjudicado al realizarse la liquidación de los bienes gananciales a uno u otro cónyuge, como se recoge en el Auto del JPI Elche número 2, sin que pueda tener el concepto de traspaso o similar, pues si así se creyera habría de llegarse a la situación paradójica de multitud de desahucios como consecuencia de la separación de los cónyuges.

F) Recurrida la Sentencia de primera instancia por don Vicente, la correspondiente Sala de la Audiencia Territorial de Valencia dicta Sentencia, 5 febrero de 1987, objeto de la pretensión de amparo, en la que, aun admitiendo los hechos expuestos en aquélla, la revoca y condena al codemandado rebelde, don Antonio, y a cuantos traigan causa de él, en este caso a la codemandada personada, doña Angelina e hijos, al desalojo del local con el apercibimiento de efectuarse por el Juzgado si no se dejara libre, vacío y expedito.

La Sentencia dictada en apelación funda su fallo en que, tratándose de local de negocio, la única previsión legal de que un cónyuge no titular pueda acceder a la condición de arrendatario, sin que ello suponga un traspaso inconsentido, es por razón *mortis causa*, y en el caso examinado no se trata de un supuesto de titularidad arrendaticia atribuida a la codemandada por Ley o por mandato judicial, ya que por imperativo de aquélla y acuerdo de éste sólo se decreta disolución de la Sociedad de bienes gananciales, sin atribución de titularidades, siendo por el contrario un acuerdo transaccional entre las partes que el Juzgado se limitó a aprobar, el que determinó un cambio de titularidad del derecho de arrendamiento, a título oneroso, al menos, en su 50 por 100 que hubiera sido eficaz en Derecho de haberse efectuado conforme a lo establecido en el capítulo IV, LAU.

Con base en los anteriores hechos, la demandante de amparo suplica de este Tribunal dicte Sentencia por la que declare la nulidad de la Sentencia de 5 de febrero de 1987 de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y acuerde la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a dicha Sentencia, a fin de obtener una nueva resolución conforme a los preceptos de la CE acogidos por la Sentencia que se dicte.

Alega la actora la vulneración de los derechos consagrados en los artículos 14 y 24.1 CE. La lesión del derecho de igualdad, en su vertiente de aplicación judicial del Derecho, se ha producido como consecuencia de la diferenciación de criterio que la actora afirma registrar entre la decisión adoptada en el fallo recurrido y la decisión contenida en la Sentencia de 13 de enero de 1986, dictada por la misma Audiencia Territorial de Valencia, que se aporta a tales efectos como término de comparación. También en relación con el derecho del artículo 14 CE aduce la demandante la diferenciación que se aprecia en la aplicación judicial de la legalidad si se compara la Sentencia actualmente recurrida con la dictada por el TS, Sentencia de 3 de noviembre de 1960, siendo así que tal contradicción resulta contraria a la doctrina del TC, sentada entre otras, en las Sentencias TC 62/1984 y 158/1985, según las cuales unos mismos hechos «no pueden existir y dejar de existir para un mismo órgano judicial». La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se hace derivar por la recurrente de la interpretación y aplicación de la legalidad excesivamente formalista que, en su

opinión, ha realizado el órgano judicial. Con ello —continúa la actora— se infringen los artículos 3.7 y 445 CC, el artículo 10 CE, así como las Leyes 13 de mayo y 7 de julio de 1981, en los preceptos que modifican la regulación anterior de la institución matrimonial o, indirectamente, la decisión judicial limita y restringe el derecho que recoge el artículo 32 CE en el aspecto referente a la separación de los cónyuges.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por doña Angelina y en su virtud:

Primero.—Declarar la nulidad de la Sentencia de 5 de febrero de 1987, dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, en el recurso de apelación número 435/1986.

Segundo.—Reconocer el derecho de la demandante a la igualdad en la Ley y a obtener tutela judicial efectiva.

Tercero.—Declarar la firmeza de la Sentencia de 21 de mayo de 1986, dictada por el JPI Elche número 3 en los autos número 90/1986 sobre resolución de arrendamiento de local de negocio.

Fundamentos jurídicos.—Primero.—Dos son los derechos fundamentales de cuya violación se hace derivar la presente queja constitucional, dirigida por la recurrente contra la Sentencia de 5 de febrero de 1987, dictada por la Sala 1.ª de lo Civil de la AT Valencia, que resolvió el recurso de apelación formulado contra la recaída en la instancia en autos sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. El primero de ellos —derecho de igualdad consagrado en el artículo 14 CE— se plantea en su vertiente de aplicación judicial de la legalidad, alegando desigualdad entre la interpretación y aplicación de las normas realizadas por el Tribunal en la Sentencia impugnada y la que el mismo órgano judicial efectuó en resolución anterior de fecha 13 de enero de 1986, que se ofrece como término de comparación para justificar la infracción denunciada. Junto al anterior argumento se añade también el distanciamiento respecto de criterios anteriores recogidos en una concreta sentencia del TS y, finalmente, la desigualdad que, en orden a los derechos y deberes que recíprocamente corresponden a los cónyuges, implica la decisión recurrida. El segundo de los derechos fundamentales invocados —derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE— se afirma vulnerado en la resolución judicial como consecuencia de una interpretación excesivamente formalista de la legalidad, motivo al que el MF añade en sus alegaciones el desacierto que afirma registrar en la aplicación y entendimiento de las normas que regulan la materia planteada ante el órgano judicial, lo que impidió en este supuesto a aquél ofrecer una respuesta ajustada a Derecho sobre el fondo de dicha cuestión litigiosa.

Segundo.—Nuestro análisis ha de comenzar, por tanto, mediante el examen de la eventual vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de la Ley, para lo cual, y habida cuenta de que este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente sobre el contenido y los requisitos exigibles a efectos de apreciar la violación de aquel derecho, con carácter previo deviene necesario hacer referencia, aun brevemente, a lo que constituye fundamento esencial de la doctrina constitucional señalada.

En síntesis, y por lo que aquí interesa, son destacables de la misma dos presupuestos básicos que vienen siendo constantemente requeridos en la invocación del citado precepto constitucional: la aportación de un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos y la verificación de la existencia de un cambio de criterio efectuado de forma inmotivada o irrazonable por un mismo órgano judicial en sus decisiones (a ambos requisitos se hace

referencia en las Sentencias TC 66/1987, 175/1987 y 9/1989). Todo ello sin perjuicio de que, conforme también se indicó en las Sentencias TC 125/1987, 27/1988, 63/1988 y 100/1988, el respeto del derecho fundamental que examinamos sea compatible con los principios de independencia judicial y no necesaria vinculación a los precedentes, de forma que el órgano judicial pueda, mediante el oportuno razonamiento y motivación, variar eventualmente de criterio en sus ulteriores decisiones respecto del mantenido inicialmente en alguna o varias de las dictadas con anterioridad.

En aplicación de la anterior premisa doctrinal, resulta pues, como primer presupuesto a analizar, la aportación de un término de comparación hábil, según lo señalado, para fundamentar la diferencia en que se apoya la pretensión de amparo; virtualidad que deriva de la igualdad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos por ambas resoluciones, esto es, entre la cuestión decidida mediante la resolución que se impugna a través del recurso de amparo y la que se analiza y resuelve en aquella que se ofrece como elemento de comparación con la anterior. Esa similitud, como se señaló en la Sentencia TC 120/1987, se perfila a través de la semejanza entre los hechos básicos y la normativa aplicable en cada uno de los supuestos cuyo contraste se pretende.

Tercero.—Pues bien, en este caso, el término de comparación ofrecido por la recurrente con el fin de satisfacer la exigencia que se ha reseñado y fundamentar su pretensión de amparo viene constituido por una resolución judicial dictada por la AT Valencia, en fecha 13 de enero de 1986, de la que se acompaña reseña parcial con el escrito de demanda. Del examen de la referida Sentencia y aun admitiendo que tanto ésta como la que se impugna dimanen de un mismo órgano judicial —sin entrar, por tanto, en la cuestión referente a la Sala o Sección concreta que haya dictado cada una de las resoluciones—, se desprende que no existe entre ambas aquella semejanza necesaria para dotar de virtualidad el argumento, pues si aplicamos la doctrina constitucional antes reseñada resulta que ni los hechos planteados en uno y otro caso son iguales, ni la normativa aplicable en ambos es similar, ni, en suma, cabe apreciar que la cuestión litigiosa planteada en uno y otro supuesto haya sido la misma.

En la Sentencia 13 de enero de 1986, esto es, la aportada como precedente, el supuesto de hecho planteado difiere ya del examinado en la resolución que se impugna, pues se trata de arrendamiento de negocio de cafetería que, desde la fecha de celebración del contrato, venía siendo explotado por uno solo de los cónyuges —en este supuesto concreto por la mujer— sin colaboración alguna del marido desde dicha fecha inicial, y partiendo de tal presupuesto fáctico, aquella Sentencia se pronuncia y resuelve sobre una cuestión asimismo diferente de la que subyace en la resolución recurrida, consistente en la consideración de que ambos cónyuges, y, por ello, también la mujer en este caso, pueden ostentar inicialmente la condición de arrendatarios, para, atendiendo esencialmente el Tribunal a esa administración unilateral del negocio por parte de la mujer, pronunciarse, en fin, acerca de la titularidad del arrendamiento a su favor, mediante una interpretación del contrato inicialmente suscrito tendente a equiparar la titularidad formal con la realmente ostentada durante la vigencia del vínculo contractual. Es, pues, la calificación sobre la titularidad del arrendamiento, ostentada de hecho por la mujer a través de signos externos desde el inicio de la relación contractual y durante toda la duración del vínculo arrendatario, la cuestión esencialmente decidida en la Sentencia de 13 de enero de 1986. Pero, además, tal cuestión se analiza allí, a los solos efectos de reconocer a la actora el derecho de retorno previsto en el artículo 81 LAU; es decir, tampoco la normativa

aplicable y aplicada por el órgano judicial en este supuesto puede considerarse semejante a la que recoge la Sentencia recurrida de amparo. Esta última se pronuncia sobre una base fáctica diferente —explotación conjunta del negocio durante algún período, adjudicación a la mujer tras la separación matrimonial, disolución y liquidación del régimen económico y existencia de transación entre los cónyuges que determinó aquella adjudicación aprobada judicialmente— planteándose una cuestión esencialmente diferente, como es la relativa a la subrogación de la mujer en la titularidad arrendaticia, al menos en un 50 por 100 como consecuencia de la citada separación conyugal y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, y cllo en aplicación de las normas que prevén y regulan la resolución contractual en la legislación especial de Arrendamientos Urbanos y respecto de los locales de negocio (art. 114.5 en relación con las disposiciones del Cap. IV LAU).

Así, pues, existen diferencias esenciales entre ambas resoluciones que hacen inviable la reclamación de la recurrente sobre la base de su pretendida comparación. La resolución impugnada, en definitiva, no es que decidiera de forma diferente a la anterior un mismo asunto, es que resolvió sobre un supuesto distinto del que se analizaba en aquélla. Y dicho esto deviene ya irrelevante el examen del otro presupuesto que, para la invocación del derecho de igualdad, se indicó inicialmente como necesario, esto es, la falta de motivación en el eventual cambio de criterio que se afirma efectuado por el Tribunal, porque, si conforme a lo anteriormente expuesto, no existió tal variación de criterio a causa de la diferencia existente entre los supuestos, es superfluo examinar la carencia o no de fundamentación que justifique el pretendido cambio.

Cuarto.—Todavía en relación con el derecho de igualdad, alega la demandante otros dos motivos en que fundamentar su vulneración. El primero que versa sobre la desigualdad de los recíprocos derechos y deberes que corresponden a los cónyuges y se entiende producida como consecuencia de la exclusión de la mujer en la titularidad del arrendamiento a causa de la decisión adoptada por el Tribunal, carece de contenido, pues además del carácter genérico e inconcreto de tal alegación tampoco guarda relación con el supuesto examinado, en el que la Sentencia no niega la pertenencia a la sociedad de gananciales del derecho de arrendamiento sobre el local ni considera a la mujer ajena a dicho vínculo durante la vigencia del régimen económico del matrimonio; antes bien, afirma en su fundamentación jurídica que, aun aceptando esta premisa, lo que se ha producido, en todo caso, es un cambio en la titularidad del local, al menos en un 50 por 100 a través de un acuerdo transacional entre los cónyuges, adoptado después de la disolución de dicho régimen económico, y en el que no se han observado las reglas establecidas en la legislación especial para su validez.

Continuando con la lesión del derecho de igualdad, aduce, por último, la recurrente que la Audiencia se ha apartado en su resolución del criterio anteriormente fijado por la Sentencia TS 3 de noviembre de 1960, y por ende, de la doctrina de este TC en orden a la imposibilidad de que unos mismos hechos existan y dejen de existir para un mismo órgano judicial, de la que son exponente las Sentencias TC 62/1984 y 158/1985.

Ahora bien, en relación con el distanciamiento predicado respecto de la Sentencia del TS, la invocación del derecho de igualdad en la aplicación de la Ley encuentra un primer obstáculo en la diferenciación que claramente se aprecia entre los órganos de que derivan ambas resoluciones, siendo así que este Tribunal viene exigiendo que las mismas dimanen, en todo caso, del mismo órgano judicial (Sentencias TC 190/1988 y 260/1988). Una segunda exigencia de la que

también carece este motivo del recurso consiste en la necesidad de que las resoluciones que pretendan compararse con la impugnada representen o sean expresivas de una línea jurisprudencial cierta, de un criterio consolidado, no siendo suficiente la cita de cualquier pronunciamiento judicial (Sentencias TC 48/1987 y 73/1988). Finalmente, la comparación con la Sentencia del TS es inadecuada, porque además el supuesto en ella examinado y resuelto nuevamente difiere del decidido por la resolución impugnada en amparo. Se trató en aquella ocasión de un contrato de arrendamiento sobre vivienda familiar y la relación arrendaticia fue examinada respecto de los propios cónyuges y más concretamente en relación con la condición ostentada por la mujer respecto de su ex marido, del cual, según se afirma en la Sentencia, no podía considerarse aquélla como mera «precarista». El supuesto difiere, en consecuencia, tanto por lo que se refiere al objeto del arrendamiento como en lo referente a la cuestión planteada y a la perspectiva desde la que se examina, que se ciñe allí a las relaciones entre los cónyuges y a la condición que ostenta uno de ellos en relación al otro y respecto del arrendamiento concertado sobre una vivienda familiar

En cuanto a la mención que la demandante hace a las dos Sentencias de este Tribunal, tampoco resulta adecuada, por cuanto ambas se refieren a supuestos que, a diferencia del actual, atañen a la presunta vulneración del derecho consagrado en el artículo 25.1 CE; esto es, señalan la interdicción en orden de resolver contradictoriamente y en base a unos mismos hechos, sobre su existencia e inexistencia, pero en relación con distintos órganos del Estado o con órganos de diferente orden jurisdiccional. A la Sentencia de la AT no le es aplicable esa doctrina, porque aquélla no ha resuelto en esta ocasión como si unos mismos hechos existieran y dejaran de existir; se ha limitado a analizar y decidir en diferentes supuestos, entre distintas partes y respecto a pretensiones no semejantes, pronunciándose, en fin, sobre las relaciones arrendaticias no similares y desde una perspectiva jurídica diferente de la de su Sentencia anterior o de la del TS

Por lo expuesto, ha de descartarse la lesión del derecho de igualdad en su vertiente de «igualdad en la aplicación judicial de la Ley», es decir, en el sentido planteado inicialmente por la demandante a través del presente recurso.

Pero ello no agota el examen de la eventual vulneración del referido derecho fundamental, porque, con independencia de la inhabilidad de tales precedentes para fundamentar la desigualdad alegada, el derecho que consagra el artículo 14 CE ha podido verse asimismo lesionado mediante una interpretación o aplicación de la legalidad que resulte *per se* injustificadamente discriminatoria y, por ende, vulneradora de aquel derecho esencial. Al examen de tal cuestión se orienta la previa utilización del trámite previsto en el artículo 84 LOTC mediante la advertencia a las partes de esta posible causa de estimación del recurso.

En este sentido ha de señalarse, en primer término, que si bien constituye doctrina reiterada en este Tribunal la que precisa que la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria corresponde *prima facie* a los órganos de la jurisdicción ordinaria, ello es así siempre que aquella actuación judicial respete el contenido de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 a 29 CE. Una resolución judicial que, aun formalmente motivada, lesione alguno de estos derechos, no debe quedar exluida de revisión en vía constitucional bajo el pretexto de aquella fundamentación formal.

Quinto.—Pues bien, en la resolución judicial impugnada, se aprecia una discriminación injustificada en la interpretación de las normas jurídicas que el Tribunal considera aplicables al supuesto de hecho planteado. En la Sentencia

que se examina, y mediante una interpretación ciertamente restrictiva de la regulación que contiene el artículo 31.1 LAU, se establece una diferenciación entre el supuesto de hecho planteado y el que hipotéticamente contempla el Tribunal por razón del estado civil, que no se justifica o explica a través de la *ratio* del precepto. Así, entiende el juzgador que, al regular expresamente el precepto indicado la exclusión de la figura del traspaso con relación al cónyuge viudo en unión de los hijos y no hacerlo con referencia al cónyuge judicialmente separado, debe concluirse en que la razón *mortis causa* es la única previsión legal de que un cónyuge pueda acceder a la condición de arrendatario sin ser titular y sin que ello suponga un traspaso inconsentido.

La anterior afirmación, si bien pudiera reclamarse en el contexto jurídico y sociológico en el que se promulgó el Decreto 4104/1964, de 24 diciembre, sobre Arrendamientos Urbanos, precisa, sin embargo, ser reinterpretada a la luz de los artículos 14, 32 y 39.1 y 2 CE.

Después de proclamar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, prohíbe el artículo 14 que pueda efectuarse discriminación alguna por razón de sexo o por cualquier «condición o circunstancia personal o social». El artículo 32.1, por su parte, reitera dicho principio al disponer que el «hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», precepto cuyo ámbito de aplicación ha de extenderse no sólo a la constitución del matrimonio, sino también a lo largo del mismo y hasta su extinción de modo que el hombre y la mujer tengan los mismos derechos, obligaciones y cargas, finalmente, el número 2 de la misma norma constitucional dispone que la Ley regulará los efectos de la separación y disolución del matrimonio de entre los que por imperativo de la aplicación del principio de igualdad (arts. 14 y 32.1) tampoco podrá efectuarse discriminación alguna.

En la actualidad, el referido principio de igualdad ha sido instaurado en nuestra legislación ordinaria por obra de sucesivas reformas del CC (alguna de ellas preconstitucionales, como es el caso de la Ley de 2 de mayo de 1975), de entre las que cabe señalar las operadas por las Leyes 11 y 30/1981, fruto de las cuales es la proclamación de la igualdad jurídica entre marido y mujer (arts. 66 y 1.328), y, en general, la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios, así como la configuración de un nuevo grupo familiar de base asociativa.

No fue éste, sin embargo, el régimen normativo del derecho de familia existente tras la promulgación de la LAU, que, antes al contrario, estaba caracterizado por la situación de preeminencia del marido y sumisión a él de la mujer. Múltiples eran las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada (que la relegaban a una mera «potestad de las llaves»), de entre las que en nuestro caso interesa destacar la atribución al marido de la facultad de administrar los bienes de la sociedad conyugal (antiguos arts. 59 y 1.412) y, por tanto, la de detentar exclusivamente la capacidad para ser único titular formal de la relación arrendaticia. Dicha facultad de administración se extendía incluso con posterioridad a la separación judicial si ésta hubiera sido acordada a su instancia (antiguo art. 1.435), y si no lo hubiere sido, la conservaría la mujer (antiguo art. 1.436.2), pero con una capacidad de obrar limitada (antiguo art. 1.441.4) y sometida a intervención judicial cuando se tratase de enajenar o gravar los bienes inmuebles cuya titularidad dominical o administración se le hubiese transferido (antiguo art. 1.444); régimen legal, en suma, que consagraba una situación de discriminación por razón de sexo, hoy proscrita por el artículo 14 CE.

En el anterior contexto normativo era pues prácticamente imposible que el legislador arrendaticio pudiera prever una excepción al régimen común del

traspaso del local de negocio en base a una sucesión *inter vivos* de los derechos del arrendatario por causa de separación judicial de la esposa (ni mucho menos que ésta, por sí sola, pudiera sacar a pública subasta los derechos de traspaso o «transigir» sobre los bienes gananciales). Por esta razón, tan sólo pudo el legislador material contemplar la sucesión *mortis causa* del arrendatario del local de negocio (art. 60.1 LAU), y por la misma, el artículo 31.1 LAU, exonera del traspaso la asociación que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario del local de negocio que hubiere fallecido, aunque forme parte de ella el cónyuge sobreviviente.

Pero en el actual derecho de familia no sólo se ha pasado a un régimen general de cogestión de la Sociedad de gananciales (lo que obliga a replantearse si la titularidad de la relación arrendaticia corresponde exclusivamente al marido), sino que la mujer ha recuperado su plena capacidad de obrar no sólo sobre los bienes adjudicados por separación judicial, sino sobre los propios bienes gananciales (e incluso los pendientes de liquidación), de entre los que hay que entender incluidos los derechos arrendaticios, con lo que se hace obligado dilucidar si la interpretación restrictiva del artículo 31.1, LAU, que efectúa la Audiencia, conculca o no el principio de igualdad o, dicho en otras palabras, ¿goza de algún género de justificación objetiva y razonable la inaplicación del artículo 31.1, LAU, a los supuestos de sucesión de la relación arrendaticia a los hijos y esposa como consecuencia de una separación legal?

La respuesta a la enunciada pregunta ha de ser forzosamente negativa. No existe razón alguna que abone por reputar traspaso de local de negocio a la adjudicación de los derechos de arrendamiento a la esposa (quien, con sus hijos, y en nuestro caso, venía regentando el negocio de la panadería) como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales tras un proceso de separación judicial. Estimar lo contrario significaría admitir un trato discriminatorio en dicha disolución frente a la que puede suceder por causa de muerte del titular formal de la relación arrendaticia y, como se ha expuesto más arriba, el principio de igualdad de los artículos 14 y 32.1 ha de informar no sólo la constitución del matrimonio, sino también los «efectos de su disolución y de la separación», por lo que una diferenciación en punto a la exención del traspaso del local de negocio entre los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales atendiendo exclusivamente a su causa (la muerte, el divorcio o la separación legal), aparte de carecer de justificación jurídica, conlleva una discriminación social entre el *status* de «viuda», que podría beneficiarse de la exención del artículo 31.1, LAU, y el de «separada» (o divorciada) quien quedaría civilmente penalizada mediante la resolución del contrato y consiguiente lanzamiento, y ello aun cuando, como acontece en el presente caso, la esposa no hubiere dado lugar a la separación legal.

Sexto.—Más aún alega la recurrente una segunda violación constitucional, que fundamenta en la lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 CE.

A esta segunda causa en que se basa el recurso de amparo pudiera oponerse —como así lo verifica la contraparte en sus alegaciones— la propia doctrina de este Tribunal acerca de la satisfacción de aquel derecho mediante la obtención de una respuesta judicial motivada sobre el fondo de la cuestión litigiosa discutida —lo que se afirma alcanzado en este supuesto— y manteniendo por ello la improcedencia de revisar en este ámbito el acierto técnico de la decisión o su conformidad a las pretensiones de la parte.

La anterior premisa cierta en sus términos generales, se complementa, no

obstante, con la necesidad de que los pronunciamientos judiciales se encuentren razonados en Derecho y no sean, por tanto, arbitrarios o infundados. Ello permite que este Tribunal pueda y aun deba examinar aquella motivación de las resoluciones judiciales a fin de verificar no sólo su mera existencia, sino también su carencia de arbitrariedad o su irrazonabilidad.

Como se señaló ya, entre otras, en la Sentencia TC 23/1987: «...una decisión judicial que fuese arbitraria, irrazonable o irrazonada no estaría fundada en Derecho y, en consecuencia, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE». No es suficiente, pues, con la consignación en el pronunciamiento judicial de unos razonamientos tildados de «jurídicos» si su lectura y examen ponen de manifiesto posteriormente que éstos son contradictorios, irrazonables o carecen de un sentido lógico.

En consecuencia, y aún aceptando la existencia formal de motivación en la Sentencia impugnada, es preciso analizar si esta argumentación es razonable y se encuentra fundada en Derecho, dando una respuesta congruente y jurídica a la cuestión litigiosa planteada.

Séptimo.—Pues bien, la resolución judicial dictada en segunda instancia por la Audiencia Territorial de Valencia contiene una argumentación que no respeta el derecho de tutela al que se ha hecho referencia en cuanto su razonamiento esencial resulta intrínsecamente contradictorio y, por ello, irrazonable.

La Sentencia admite en su fundamento jurídico segundo la cotitularidad que ambos cónyuges ostentan sobre el arrendamiento del local durante la vigencia del vínculo matrimonial. No resulta, pues, necesario abordar la materia relativa a la naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial de gananciales o la referente a la existencia de una titularidad conjunta sobre el arrendamiento pese a la suscripción del contrato por uno sólo de los cónyuges, porque tanto el JPI como el Tribunal *ad quem* reconocen la existencia de esa titularidad compartida, sin determinación de cuotas, sobre la totalidad del arrendamiento. Pero, tras esta premisa inicial, deduce posteriormente la Audiencia que se ha producido un traspaso y, por tanto, un cambio de titularidad en el arrendamiento como consecuencia de la disolución y liquidación del referido régimen económico matrimonial.

Ese razonamiento resulta en sí mismo irrazonable y carente de fundamentación jurídica. Irrazonable porque, conforme se señala por el MF, si se admite primero una titularidad conjunta sobre el arrendamiento por parte de ambos cónyuges, cualquiera que fuese la forma de celebración del contrato —por uno solo de ellos o por los dos— y reconociendo, por tanto, la existencia de una titularidad compartida y ostentada por la mujer desde el inicio del vínculo contractual, no puede mantenerse después, siguiendo la propia lógica del razonamiento, que se ha producido un traspaso o cesión del arriendo, toda vez que esta figura necesariamente implica por su misma naturaleza la adquisición de una titularidad que previamente no se ostentase. En consecuencia, la argumentación carece también de fundamentación jurídica razonablemente aplicable, porque la que en ella se hace de una de las causas de resolución contractual legalmente previstas (art. 114.5 LAU) adolece del presupuesto fáctico esencial para su consideración: esto es, la existencia de un cambio de titularidad sobre el arrendamiento y la adquisición de aquélla por quien no la ostentara previamente o, como exige el artículo 29 LAU, será necesario que en el traspaso de local de negocio el cesionario ostente la cualidad de tercero, circunstancia que, tal y como reconoce la Sentencia impugnada, evidentemente no concurre en la recurrente.

Por todo ello, ha de concluirse que la resolución impugnada vulnera también el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE, pues no ofrece una respuesta razonable y jurídicamente fundada sobre la materia discutida, careciendo, en suma, de la necesaria congruencia que el respeto a tal derecho esencial exige.

Octavo —La vulneración de esos dos derechos fundamentales —derecho de igualdad y derecho de tutela judicial efectiva— determina la necesaria estimación del recurso y consecuente declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada. Sin embargo, para el restablecimiento de dichos derechos deviene innecesaria la retroacción de actuaciones solicitada por la demandante, pues tal reparación se alcanza plenamente mediante aquella declaración de nulidad y el mantenimiento de la Sentencia de instancia y éste debe ser, por tanto, el alcance del fallo en la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.1 LOTC.

2. *Sentencia de 12 de julio de 1989.*—ARRENDAMIENTOS URBANOS — Es necesaria la notificación de la cesión al arrendador cuando se atribuye judicialmente la vivienda arrendada a la esposa divorciada.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. De la Vega Benayas.

Hechos.—Primero.—Por escrito presentado en el registro de este Tribunal el 19 de junio de 1987 don Carlos de Zulueta y Cebrián, Procurador de los Tribunales, y de don Manuel, doña Manuela y don Carlos, interpone recurso de amparo contra la Sentencia de 8 de mayo de 1987 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7.ª, por la que se confirma la dictada por el JD, Madrid núm. 19, de la misma ciudad, con fecha 20 julio 1985, sobre resolución de contrato de arrendamiento de cesión inconsentida tras haberse atribuido la vivienda a uno de los cónyuges en previa Sentencia de divorcio.

Segundo.—La demanda de amparo trae origen en los siguientes hechos sucintamente expuestos:

a) Don Manuel y doña Manuela, ahora recurrentes en amparo, contrajeron matrimonio y establecieron su domicilio conyugal en una vivienda que fue arrendada por el esposo de doña Gracia, don Francisco, en 1976.

b) Por Sentencia de 13 de junio de 1984 el JPI Madrid número 25 declaró el divorcio de los esposos y atribuyó uso de la vivienda familiar a la esposa y a la hija, conforme a lo prevenido en el artículo 90 B) CC.

c) Con posterioridad a la Sentencia de divorcio, la propietaria y arrendadora del piso presentó demanda de resolución del contrato de arrendamiento por cesión inconsentida. El JD Madrid, número 19, en Sentencia de 20 de julio de 1985, estimó la demanda. Afirmaba el Juez que las resoluciones sobre divorcio, para que puedan vincular a terceras personas, deben ser puestas en conocimiento de éstas, y en el presente caso se había producido una subrogación no consentida ni tolerada y que evidentemente no fue notificada.

d) Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7 ª, en Sentencia de 8 de mayo de 1987, desestimó el recurso y confirmó la resolución apelada. A juicio de la Audiencia había existido una subrogación a favor de la esposa divorciada que permanecía en el domicilio conyugal, quien había devenido titular del contrato de arrendamiento tras la Sentencia de divorcio, estableciendo en la vivienda un domicilio familiar, primero sola y luego en un segundo matrimonio (con don Carlos, que es también ahora recurrente en amparo); pero todo ello no podía hacer inexistente la obligación de notificar la subrogación a la arrendadora, subrogación que ésta no hubiera tenido más remedio que aceptar.

Tercero.—Los demandantes de amparo consideran que la Sentencia dictada por la Audiencia indicada lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en virtud de una doble argumentación:

a) Para los recurrentes existe una laguna en el ordenamiento jurídico, pues ni la llamada Ley de Divorcio (Ley 30/1981, de 7 de julio), en la reforma que del CC hace, ni la LAU, al regular la cesión o subrogación del cónyuge en el contrato de arrendamiento, contemplan la atribución del domicilio familiar a uno de los cónyuges en el caso de recaer Sentencia de divorcio. Esto supuesto, no puede entenderse comprendido el divorcio en los supuestos de cesión o subarriendo ni en cualquier otra figura prevista en la Ley arrendaticia y deben concederse efectos directos a la Sentencia del Juez de familia, es decir, la atribución judicial de la vivienda no puede requerir una posterior notificación a la acreedora, ya que —se insiste— no cabe equiparar la notificación de la cesión al arrendador (como se prevé en el art. 24.2 LAU) con el divorcio. Por consiguiente, no puede aceptarse la fundamentación recogida en la resolución judicial recurrida.

b) Además, la Sentencia impugnada es incongruente, porque «ni en la Sentencia de instancia ni en la que se recurre» se responde a una de las excepciones formulada por la parte demandada y consistente en la excepción perentoria de falta de acción por insuficiencia del título de pedir, pues esta excepción se confunde a la hora de ofrecer una motivación adecuada con la falta de legitimación activa que, en realidad, jamás fue planteada.

En consecuencia, los recurrentes solicitan de este Tribunal que se declare la nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia indicada, que se reconozca su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, en su virtud, que «se preserve su derecho a la plena vigencia del contrato de arrendamiento». Por otrosí se interesa la suspensión de la ejecución de la Sentencia impugnada.

Cuarto.—La entonces Sala 2.ª, Sección 3.ª del TC, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, acordó, en providencia de 8 de julio de 1987, admitir a trámite la demanda, requerir las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid al JD Madrid número 19 e interesar de los órganos judiciales que emplazaran a quienes fueron partes en el proceso civil procedente (a excepción de los recurrentes) para que comparecieran, si lo deseaban, en el proceso constitucional. Asimismo se dispuso formar la correspondiente pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión.

Quinto.—Mediante TC 2.ª A 22 de julio de 1987 se acordó la suspensión de la ejecución de la Sentencia de 8 de mayo 1987, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7 ª, una vez oídos los recurrentes y el MF.

Sexto.—Por providencia de 16 de septiembre de 1987 la Sala 2.ª, en su Sección 3.ª, tuvo por recibidas las actuaciones y acordó tener por personado y parte al Procurador de los Tribunales señor Muniesa Martín, en nombre y representación de doña Gracia, así como dar vista de las actuaciones recibidas al MF y a los Procuradores de las partes para que formulasen alegaciones en el plazo de veinte días, según lo prevenido en el artículo 52 LOTC.

Séptimo.—El MF, en escrito presentado el 15 de octubre de 1987, interesa de este Tribunal que desestime la demanda de amparo por concurrir la causa de inadmisión y luego de desestimación prevista en el artículo 50.1, *b)*, LOTC (en su redacción anterior a la reforma introducida por la LO 6/1988, de 9 junio), en relación con el artículo 44.1, *c)*, y para el caso de no apreciarse la concurrencia de la precitada causa de desestimación, solicita que se otorgue el amparo porque, a su juicio, la Sentencia impugnada vulnera el artículo 24.1 CE.

En efecto, los recurrentes impugnan únicamente la Sentencia de apelación, pero como ésta se limita a confirmar la dictada en instancia y dada la identidad entre ambas Sentencias, dicho planteamiento impugnatorio no puede ser admitido y, por tanto, debió de invocarse formalmente y en grado de apelación el derecho fundamental supuestamente vulnerado para permitir, en su caso, su reparación y satisfacer lo exigido en el artículo 44.1, *c)*, LOTC. Esta falta de invocación formal supone, en este momento procesal, que la causa de inadmisión del artículo 50.1, *b)*, LOTC, en relación con el artículo 44.1, *c)*, de la misma Ley, se convierta en causa de desestimación de la demanda de amparo.

Ahora bien, en relación al fondo del asunto, existe para el MF una vulneración del artículo 24.1 CE, pues las Sentencias recaídas en el proceso sobre la resolución del contrato de arrendamiento contradicen lo ya resuelto en otra Sentencia anterior sobre divorcio, respecto de la relación jurídica de la esposa con la vivienda; además, la resolución que puso fin al proceso de divorcio era firme y por ello sus declaraciones configuran la verdad jurídica entre las partes, y en dicha resolución se atribuía la vivienda familiar a la esposa y a la hija como consecuencia de una disposición legal (el art. 96 CC). Esta atribución judicial del domicilio no puede calificarse de cesión o subarriendo y, consecuentemente, aplicar a ella lo previsto en el artículo 24 LAU, sobre notificación de la cesión, pues ambos son supuestos bien distintos; así, debe ponerse de manifiesto que el cónyuge que celebra el contrato de arrendamiento no actúa en nombre propio, sino en representación de la familia, lo que impide considerar más tarde que la atribución del domicilio, tras el divorcio, a uno de los cónyuges configure un caso de cesión inconsentida; en esta línea, el TC ha reconocido la existencia de un litisconsorcio pasivo de marido y mujer, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual (STC 135/1986). Esta situación jurídica se refuerza por la existencia, al tiempo de celebrar el contrato entre los cónyuges, de una sociedad legal de gananciales, lo que supone que el contrato de arrendamiento era un bien ganancial y pertenecía a ambos cónyuges, como ha admitido el propio TS.

En suma, no puede hablarse de una transgresión del artículo 24.1 LAU cuando el Juez atribuye el uso del domicilio arrendado a uno de los cónyuges en aplicación de los artículos 96 y 1.320 CC, y las Sentencias de instancia y apelación ahora impugnadas suponen un olvido de lo ya resuelto en la Sentencia de divorcio sobre el uso de la vivienda Por el contrario, debe sostenerse que, si el uso del domicilio por la esposa es una consecuencia de la Ley, la mujer no puede venir obligada a cumplir lo previsto en el artículo 24 LAU. Y en todo caso, la resolución dictada por la Audiencia supone declarar una situación jurídica que resulta incompatible con otra creada por una Sentencia anterior que ya ha alcanzado firmeza.

Por lo que respecta a la segunda tacha de lesión constitucional, expuesta por el recurrente, debe estimarse que carece de fundamentación y la cuestión planteada es meramente nominal, porque la Sala es libre de encuadrar el supuesto fáctico planteado en la normativa legal que considere adecuada.

Octavo.—Don Manuel Muniesa Marín, Procurador de los Tribunales, y de doña Gracia, quien fue actora en el proceso civil, presenta escrito en este Tribunal el 29 de octubre de 1987 y solicita que se deniegue el amparo. Así, no cabe acudir al amparo como una instancia jurisdiccional más y limitarse a reiterar (como se hace en la demanda) lo ya expuesto en dos instancias civiles, sin fundamentar cuál es la infracción del precepto constitucional susceptible de amparo que se ha producido. Y en cuanto al segundo motivo de amparo, la pretendida

incongruencia por no dar respuesta a una excepción alegada de falta de acción por insuficiencia del título de pedir, debe sostenerse que ambos órganos judiciales interpretaron acertadamente que esa excepción venía comprendida en la falta de legitimación activa, y es evidente que la resolución que entra en el fondo del asunto desestima todas las excepciones. Por otra parte, no es posible dudar de la presencia de una suficiente motivación en la Sentencia impugnada que satisface lo exigido en el artículo 24.1 CE. Por último, conviene insistir en que lo acaecido es sólo consecuencia de la omisión por los recurrentes de la simple notificación de la cesión.

Noveno.—Por su parte, los demandantes, en escrito presentado el 14 de octubre de 1987, solicitan que se otorgue el amparo. Razonan los recurrentes, de forma más matizada que en la demanda, que la lesión del artículo 24.1 CE se produce como consecuencia de que la Sentencia impugnada colisiona con la dictada en el proceso de divorcio y como resultado previsible de la laguna legal denunciada, es decir, la imprevisión del legislador impide una verdadera tutela judicial efectiva ante los Tribunales. Y reiteran la incongruencia omisiva que fue ya denunciada en la demanda.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por don Manuel, doña Manuela y don Carlos basándose en los siguientes:

Fundamentos Jurídicos.—Primero.— Denuncia el MF en su escrito de alegaciones que, a su entender, concurre el motivo de inadmisión, y ahora de desestimación, del recurso previsto en el anterior artículo 50.1, *b)*, LOTC (el hoy art. 50.1, *a)*, en la actual redacción), en relación con el artículo 44.1, *c)*, de la misma Ley, consistente en carecer la demanda de los requisitos legalmente exigibles, toda vez que no hubo una invocación formal y expresa del derecho fundamental supuestamente vulnerado tan pronto como hubo ocasión para ello, esto es, al recurrir en apelación la sentencia de instancia.

Sin embargo, esa argumentación, excesivamente formalista, no puede ser aceptada en el presente caso. Tiene ciertamente razón el MF cuando advierte que los recurrentes impugnan únicamente la Sentencia que agota la vía judicial procedente y que, al ser ésta simplemente confirmatoria de la instancia, hubo ocasión, al recurrir ésta, para invocar formalmente el derecho fundamental y permitir, en su caso, la reparación.

Ahora bien, el hecho de que no se encuentre una invocación expresa del artículo 24.1 CE en las actuaciones practicadas en el recurso, no puede hacer olvidar que la pretensión y la causa de pedir de los recurrentes en la apelación fueron sustancialmente las mismas que ahora se llevan al amparo constitucional; por consiguiente, y en virtud de esa identidad de razonamiento sobre la aplicación de una legislación indebida o erróneamente interpretada, han de entenderse agotadas las exigencias del principio de subsidiariedad que caracteriza este proceso de amparo y cabe admitir que hubo una invocación implícita o sobreentendida de la tutela judicial efectiva en cuanto derecho fundamental presuntamente lesionado.

Segundo.—Por lo que respecta al tema de fondo planteado en el recurso hay que indicar ya, en principio, que carece de relevancia constitucional, ya que lo que en realidad se hace es reiterar ante este Tribunal el litigio sometido a las instancias judiciales, de claro y neto carácter de legalidad ordinaria y resuelto en aquéllas, aunque no a satisfacción de los recurrentes.

El fundamento de la pretensión que en él se articula, en efecto, reside en la existencia previa y eficacia de una Sentencia firme y ejecutoria de divorcio en la cual el Juez, al amparo del artículo 96, en relación con los artículos 90 y 91 CC,

atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar a la esposa divorciada y aquí recurrente. Esta sostiene que esa determinación judicial, basada en la Ley, produce efectos *per se* y *erga omnes*, hasta el punto de excusarla de cumplimiento del requisito de la notificación del cambio operado en el uso de la vivienda, para que dicha alteración obligue sin más a la dueña y arrendadora del piso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24.1 LAU (cesión de la vivienda al cónyuge del inquilino).

Las sentencias impugnadas, como se indica en los antecedentes, sostuvieron que se dio un supuesto de cesión inconsentida, por tanto inválida, al no practicarse por la interesada la pertinente noticia a la arrendadora de la subrogación operada En ambas instancias, en el proceso de deshaucio, tuvo oportunidad la ahora recurrente de sostener su tesis.

Ahora, en el presente recurso, al precisarse su alcance y contenido en el escrito de alegaciones, se indica que la violación del artículo 24 CE se produjo por las sentencias impugnadas, no porque se resolviera el contrato por la falta de notificación, tema que —se dice en el escrito— está vedado a este Tribunal y sólo confiado al órgano jurisdiccional, sino porque la Sentencia recurrida en amparo colisiona frontalmente con la dictada por el Juez del divorcio que atribuyó el uso de la vivienda, impidiendo la tutela efectiva debido a una omisión del legislador, que al dictar la Ley de Divorcio debió prever ese supuesto, dándose a entender con ello que debe prevalecer la sentencia primera (de divorcio y su medida respecto de la vivienda) sobre las relativas al deshaucio por cesión ilegal.

Lo expuesto basta para concluir que en uno y otro supuesto no cabe atribuir y reprochar al Juez la vulneración del artículo 24 CE. En el primer caso ya la propia recurrente lo reconoce (tema estrictamente de legalidades ordinarias), con lo que también se desvirtúa la tesis del Fiscal al asimilar el supuesto al de la STC 135/1986, ya que en ésta lo que se decidió fue el derecho de la esposa usuaria del piso a ser oída en el proceso entablado por el arrendador contra el marido arrendatario, luego de la separación conyugal, por entenderse que la Ley configura una especie de litis-consorcio, al ser los cónyuges coposeedores (titularidad familiar del arrendamiento) del bien arrendado para la familia).

En el otro argumento: Falta de tutela por laguna legal, cabría también decir lo mismo, o bien, con más precisión, que lo que ahora se sostiene no es más que un criterio distinto al judicial en una materia asimismo atinente a la aplicación judicial del Derecho a la que los Jueces dieron una respuesta, es decir, la de que la Sentencia anterior que atribuyó el uso de la vivienda no produjo el efecto de la notificación fehaciente que exige el artículo 24 LAU, ni eximía a la interesada de modificar la subrogación como presupuesto para la conservación de su derecho. No dieron las Sentencias, pues, el valor de cosa juzgada a la dictada por el Juez que, al decretar el divorcio, atribuyó el uso de la vivienda conyugal a la esposa aquí recurrente, quien pretendió que dicho acuerdo valiera como la notificación que el artículo 24.2 LAU exige que el cedente haga al arrendador para legalizar la sucesión arrendaticia, asimilación que constituiría en verdad una aplicación analógica forzada y que la Ley no autoriza, si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 1.252 CC cuando establece que la presunción de cosa juzgada, con eficacia para terceros (y tercero es aquí la arrendadora), sólo alcanza a las cuestiones relativas al estado civil, es decir, y en el caso, a la situación de divorcio establecida, pero no a la relación contractual de cesión (atribución de la vivienda), de carácter patrimonial. Al decidir, por tanto, la jurisdicción en las Sentencias impugnadas en la forma y sentido en que lo hizo, pues difícilmente cabría incluir en el campo del derecho a la tutela judicial una aplicación analó-

gica de un precepto limitativo o especial, es claro que no traspasó los límites de la legalidad con invasión o desconocimiento del Derecho constitucional que se invoca, ya que dio una respuesta fundada a las pretensiones de las partes y decidiendo todos los puntos sometidos a debate. La demanda, pues, debe ser desestimada.

F C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por ALFONSO PRESA DE LA CUESTA
JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA e
IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA

PRACTICADAS VARIAS SEGREGACIONES DE UNA FINCA MATRIZ E INCLUSO VENDIDOS ALGUNOS EDIFICIOS, LAS FINCAS SON YA DISTINTAS Y, AL NO HABER TRANSMISION DE LA FINCA RESTO, NO ES ADMISIBLE QUE UNILATERALMENTE SE PRETENDA CONFIGURAR EL DESTINO DE VIALES COMO UN DERECHO SUBJETIVAMENTE REAL ADJUNTO A LOS TITULARES DE LOS PISOS CONSTRUIDOS (RESOLUCIÓN DE 27 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—I. La Compañía Mercantil «Ruvador, Sociedad Anónima», construyó tres bloques de viviendas y una nave industrial sobre un solar en término de Esquivias (Toledo), que constituyó finca registral única. Posteriormente, el día 23 de abril de 1981, ante el Notario de Madrid don Cecilio Utrilla Alcántara, la citada Compañía otorgó escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, en la que se procede a segregar la superficie ocupada por cada una de las construcciones mencionadas y quedando el terreno no edificado destinado a zonas verdes y viales; asimismo, los citados bloques son divididos en régimen de propiedad horizontal, atribuyéndose a cada vivienda o local resultante dos cuotas, una en los elementos comunes del total edificio y otra en el total complejo urbanístico.

El día 10 de agosto de 1984 la Compañía «Ruvador, Sociedad Anónima», otorgó escritura de compraventa ante el Notario de Madrid don José Luis García Valcárcela, mediante el cual vendió a «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima», las 44 fincas integrantes de los grupos de viviendas antes citados en esa fecha, en período de construcción. Dichas fincas son las números 3.369 al 3.412, ambos inclusive, del Registro de la Propiedad de Illescas.

Con posterioridad, el día 26 de agosto de 1985 don Vicente Asensio García, en representación de «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima», otorgó unilateralmente ante el mismo Notario escritura aclaratoria de la antes mencionada, en la que se describe el solar sobre el que se levantan los citados grupos de viviendas, descripción que en su momento se omitió, por carecerse de antecedentes precisos y se solicita del señor Registrador de la Propiedad correspondiente la toma de

razón en los libros a su cargo de la descripción del terreno hecha en el exponendo II de la escritura, a fin de que en dichos libros quede constancia de la titularidad dominical, a favor de «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima», del mencionado solar.

II. Presentada la escritura antes citada en el Registro de la Propiedad de Illescas, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento con los siguientes defectos subsanables:

a) Si bien desde el punto sustantivo no ofrece duda que nos encontramos ante una titularidad *ob rem*, de manera que el resto de la finca matriz pertenecerá a los propietarios de los pisos en proporción a la cuota que cada uno ostenta en la urbanización, desde el punto de vista registral y formal hay una total ausencia de vinculación expresa, no siendo función del Registrador apreciar manifestaciones o vinculaciones tácitas.

b) La modificación física del inmueble no puede ir referida a la finca matriz originaria, sino que deberá concretarse en las parcelas segregadas o resto de finca, pues aquélla desapareció por virtud de dichas operaciones.

No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado.

Illescas, 7 de mayo de 1986.—El Registrador.—Firmado: Alfonso Presa de la Cuesta.»

«Presentado nuevamente el precedente documento, asiento 1.148 del Diario 1, se confirma la calificación formulada con fecha 7 de mayo de 1986

Illescas, 13 de septiembre de 1986.—El Registrador.—Firmado. Alfonso Presa de la Cuesta.»

III. La Procuradora de los Tribunales doña Magdalena Ruiz de Luna, en representación de «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que el señor Registrador debió practicar la inscripción solicitada, toda vez que la escritura presentada de 26 de abril de 1985 es aclaratoria de la compraventa de 10 de agosto de 1984, autorizada por el mismo Notario, por la que la Sociedad «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima», compró a la Compañía «Ruvador, Sociedad Anónima», 44 fincas, integradas en tres grupos de viviendas, y en cuya escritura se omitió, por carecer en ese momento de los antecedentes precisos la prescripción del solar sobre el que se levantan los mencionados grupos de viviendas. Que, además de las expresadas 44 fincas cuya toma de razón en los libros se interesan, resulta que a tenor de la escritura de 23 de abril de 1981 sobre declaración de obra nueva y división horizontal, las descripciones que de ellas se hacen comprenden también una cuarenta y cuatroava parte en el conjunto o complejo urbanístico destinado a zonas verdes y viales, ello con independencia del coeficiente que se le asigne individualmente en el total del bloque o finca a que perteneció, y aun cuando en la citada escritura de compraventa de 10 de agosto de 1984 no se mencionaron esas zonas verdes y viales, es evidente que ese resto forma parte del complejo o conjunto inmobiliario, según se deduce de dichas escrituras, puesto que las aludidas zonas verdes se han ejecutado en interés común, perteneciendo a toda la agrupación donde están integrados, o sea, a todos los dueños de las distintas edificaciones existentes en la misma y, por consiguiente, las que han sido objeto de compra por «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima». Que si dichas zonas son complemento de las edificaciones y construcciones, es innegable que al considerar a éstas elementos principales hay que pensar y estimar como accesorias a aquéllas y como tales siguen forzosamente a la principal. Es decir, adquiridas varias edificaciones por «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima», esas zonas deben también considerarse incluidas en la escritura de compraventa y, por ende,

deben ser objeto de la inscripción que ha sido solicitada, pues en definitiva se trata de elementos comunes a toda urbanización; y aún más, porque cada edificación o vivienda goza de dos cuotas, como se ha expuesto anteriormente, es razón por la que no ofrece duda alguna que dichas zonas verdes forman parte como titularidad *ob rem* de aquéllas. Que se estima no es necesario un consentimiento expreso para que el señor Registrador ejerza su ministerio, ya que el artículo 353 permite en determinados casos que el Registrador aprecie consentimientos tácitos e incluso, como afirma la doctrina, que la presentación del título en la oficina del Registro hace presumir la voluntad de inscripción. Que la vinculación del resto de la finca al conjunto inmobiliario o urbanístico es evidente, por cuanto así se ha puesto de manifiesto, si no de una forma totalmente expresa, sí cuasi-expresa en la escritura de hipoteca otorgada por el Banco Hipotecario de España, relativa al préstamo a favor de «Ruvador, Sociedad Anónima», de 31 de diciembre de 1982, y de esto se infiere que si este resto no formara parte del complejo urbanístico, no se comprende ni se concibe el motivo por el que ha sido relacionado en dicha escritura.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que como puede apreciarse de la nota de calificación, no se discute la posibilidad de existencia de una titularidad *ob rem* en el presente caso, por ello en dicha nota se diferencia dos aspectos:

a) El sustantivo o material, relativo a la viabilidad de la titularidad *ob rem.*

No hay duda de que existe una titularidad *ob rem.* El resto de la finca destinado a zonas verdes y viales ha de considerarse parte integrante del conjunto inmobiliario o urbanístico en el que se ubican las viviendas, de otro modo, como bien expone el recurrente, no tendría sentido que en la escritura de hipoteca otorgada el día 31 de diciembre de 1982 se hiciera mención del reiterado resto de la finca. La circunstancia que tal finca sea relacionada en dicho documento como último aspecto del conjunto urbanístico da lugar a un hecho notorio: La inclusión de aquélla dentro de este último como parte integrante del mismo, lo que se fortaleció por el destino atribuido a dicha finca de servir de zonas verdes y viales, lo que no tendría sentido si se la considera como finca total y absolutamente independiente. Por otro lado, dado que cada elemento del conjunto lleva atribuidas dos cuotas (en el inmueble de que forma parte y en el total complejo urbanístico) y formando el resto de finca integrante del complejo, resulta claro que pertenecerá a los propietarios de los diferentes elementos en proporción a la cuota de cada uno de ellos.

b) El formal o adjetivo, referente a la forma en que ha de manifestarse la voluntad de vinculación real para que el Registrador pueda ejercer su ministerio. En este aspecto el Registrador ve imposibilitada su actuación por el hecho de que tal vinculación real no se formula de una forma expresa. Dicha vinculación resulta notoriamente implícita en la voluntad de la Entidad que creó el complejo debatido, «Ruvador, Sociedad Anónima», que a su vez fue causahabiente del recurrente, pero por ningún lado se observa una formulación expresa de la situación *ob rem*, con lo que el Registrador sobre la base del principio de consentimiento formal que inspira nuestra legislación hipotecaria (con las excepciones a que el recurrente se refiere) se ve en la necesidad de negarse a la práctica del asiento solicitado. Que en cuanto al segundo de los defectos apuntados en la nota de calificación, se entiende que al no hacerse mención de él en el recurso, querrá decir que el recurrente se conforma con el mismo. No obstante hay que señalar que no puede ser rectificada la matriz originaria por el simple hecho de

que ésta, tal y como era, ha desaparecido por efecto de las segregaciones efectuadas, con lo que las rectificaciones pretendidas deberán ir referidas a la nueva situación, o sea, a las nuevas fincas procedentes de la segregación o a la finca resto de la matriz, teniendo en cuenta que la solución que se dé al primero de los defectos influirá necesariamente en este último, caso de que la rectificación vaya referida al resto destinado a zonas verdes y viales, el cual se encuentra inscrito a nombre de la vendedora «Ruvador, Sociedad Anónima», y si se estima el recurso podrá procederse a dicha rectificación física una vez la inscripción se hubiera pactado a nombre de la compradora de las viviendas «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima».

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en los artículos 2, 1.º, y 40, *a)*, y 214, de la Ley Hipotecaria.

Fundamentos de derecho.— Vistos los artículos 1, 8, 13, 20, 38, 40 y 243 de la Ley Hipotecaria.

1. El supuesto de hecho que da origen al presente recurso viene configurado por las siguientes circunstancias:

a) Sobre determinado solar, que constituye finca registral única, su propietario, la Compañía Mercantil «Ruvador, Sociedad Anónima», construye tres bloques de viviendas y una nave industrial. Posteriormente, procede segregar la superficie ocupada por cada una de estas construcciones, formando cuatro fincas independientes y quedando el resto de la finca matriz (el terreno no edificado) destinado a zonas verdes y viales. Asimismo, los citados bloques son divididos en régimen de propiedad horizontal atribuyéndose a cada vivienda o local resultante dos cuotas, una en los elementos comunes de total edificio y otra en el total complejo urbanístico.

b) Por escritura otorgada el 10 de agosto de 1984, «Ruvador, Sociedad Anónima», vende a la Sociedad «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima», todos los pisos y locales integrantes de los tres bloques (en total 43), así como la nave construida. El Registrador procede a inscribir a favor de la compradora las citadas fincas, pero no el resto de la finca matriz que pertenece inscrito a favor de «Ruvador, Sociedad Anónima», sin más peculiaridad que la afirmación del genérico destino a viales y zonas verdes.

c) Por escritura posterior, otorgada unilateralmente por la compraventa, en la que se recoge la descripción del primitivo solar sobre el que se levantaron las construcciones y que fue objeto de las segregaciones apuntadas, se pretende por el recurrente la inscripción del mencionado solar a favor de la Compañía «Valde-Esquivias, Sociedad Anónima».

2. Es evidente que a partir de las segregaciones efectuadas, verdaderas y propias segregaciones en el sentido jurídico y registral del término, el primitivo solar ha dejado de existir como objeto jurídico independiente y, por tanto, no cabe pretender la subsistencia —ni, lógicamente, su constatación tabular— de una titularidad actual sobre el mismo; aquel objeto ha dado paso a nuevas fincas resultantes tras la segregación, las porciones segregadas y el resto de la finca matriz, y —aun cuando entre ellas puedan haberse establecido determinadas relaciones jurídicas de dependencia y subordinación, o, incluso, la conexión inescindible entre las titularidades dominicales respectivas— es respecto de éstas a las que debe referirse toda titularidad actual.

3. Otra cuestión es la de si en el caso contemplado la transmisión de todos los pisos y locales integrantes de los tres bloques construídos, así como de la nave edificada a favor de un mismo comprador lleva inherente, en virtud de los mecanismos jurídicos articulados al tiempo de efectuar las segregaciones, el desplazamiento patrimonial del resto de la finca matriz en beneficio del mismo sujeto, debiendo inscribirse a su favor en el Registro de la Propiedad.

4. Sin prejuzgar sobre la verdadera intención del propietario del primitivo solar cuando procedió a efectuar las segregaciones y posteriores divisiones horizontales con adjudicación a cada piso o local de una doble cuota y destino el resto a viales y zonas verdes, ni, tampoco, sobre el preciso alcance de la escritura correspondiente, es lo cierto que:

a) La inscripción registral de ese resto no atribuye su titularidad a los que en cada momento sean titulares de determinadas otras fincas, no configura su dominio como un derecho subjetivamente real, sino que proclama de modo directo, a favor de determinado sujeto, una titularidad plena sin más peculiaridad que la expresión de un genérico destino (cuya significación concreta no procede ahora examinar).

b) Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 138 en relación con los artículos 8 y 243 de la Ley Hipotecaria, la presunción de exactitud registral respecto de cada finca viene delimitada por el contenido de su folio particular, sin que puedan afectarle los datos consignados en los folios abiertos a otras fincas.

c) Que el contenido de los asientos está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no sea oportunamente rectificado por alguno de los procedimientos legalmente arbitrados (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria).

5. En consecuencia, en tanto tal asiento subsista en sus actuales términos, sin que proceda examinar ahora los procedimientos adecuados para su rectificación, la modificación de la titularidad que proclama en base a un pretendido desplazamiento patrimonial de ese resto exigirá que el acto traslativo calificado incluya expresamente dicho resto y sea otorgado por su titular registral (art. 20 de la Ley Hipotecaria), sin que sea suficiente el título trasmisivo de todos los pisos o locales integrantes de las parcelas segregadas, cualquiera que sea el contenido de sus asientos respectivos o los derechos que se les conecten respecto al resto de la finca matriz ni, menos aún, la escritura calificada que, sobre no añadir nada nuevo a la anterior, ha sido otorgada unilateralmente por el comprador.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 27 de mayo de 1988.—El Director general, Mariano Martín Rosado. Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid.

COMENTARIO

Como preámbulo al comentario de esta Resolución de la Dirección General, me veo obligado a hacer una advertencia al lector: la nota de calificación objeto de este recurso gubernativo fue extendida por el que suscribe, al que no obstante le ha correspondido su comentario; procuraré ser lo más imparcial posible.

En la nota de calificación cabe diferenciar tres aspectos: uno material (la viabilidad de la titulardad *ob rem* —letra *a)* de la nota—), los otros dos restantes son formales [la ausencia de vinculación expresa y el defecto señalado en la letra *b)*]; veamos cada uno de ellos.

Por lo que respecta a la viabilidad de las titularidades *ob rem*, ya desde tiempo atrás venían las mismas siendo admitidas por el Centro directivo, por lo que no resulta extraño que en esta Resolución la cuestión se dé por resuelta; no obstante, la Dirección General se preocupa de aclarar la forma en que habrá de verificarse la inscripción en tales casos, ya que señala en la letra *a)* del número 4 que «la inscripción registral de ese resto no atribuye su titularidad a los que en cada momento sean titulares de determinadas otras fincas..., de donde se deduce que la inscripción de la finca *ob rem* deberá verificarse a favor de los titulares actuales y futuros de las fincas registrales *X* e *Y*, en proporción a la cuota que a cada una de ellas corresponde. Se elige pues una fórmula muy similar a las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, pues en definitiva el mecanismo es muy semejante: publicar un derecho que se ostenta por tenencia de un título (hipoteca) o la propiedad de una finca determinada (titularidad *ob rem*).

Podría pensarse que esa misma situación *ob rem* se produce en las constituciones en régimen de propiedad horizontal de los edificios, pues los elementos comunes pertenecen a los propietarios de los elementos independientes en proporción a la cuota que cada uno ostenta en el régimen; no obstante, en la inscripción del inmueble no se hace referencia a esa titularidad actual o futura. Así es en realidad, pero es que entre nuestro caso y éste existe una importante diferencia: en las divisiones horizontales la situación *ob rem* viene impuesta por la Ley, en el caso de la presente Resolución el origen reside en la voluntad de los particulares, por ello mientras que en aquélla resultaría superfluo la expresión de la titularidad ambulatoria, en ésta se hace imprescindible; basta pues en aquellos casos con la nota marginal de referencia a las inscripciones de cada elemento independiente.

Otra cuestión a la que aludíamos era a la ausencia de un consentimiento formal de vinculación (defecto *a)*). Contrariamente a lo que pudiera parecer, no se trata de un problema de ausencia de tracto (art. 20 LH), sino de una falta de manifestación expresa y formal aunque de evidente existencia tácita. Ni el Presidente de la Audiencia ni el Centro Directivo tocan este punto, que paradójicamente es a mi juicio el punto neurálgico del recurso. En ambas instancias se resuelve el asunto en idéntica forma: presunción de exactitud de los asientos registrales y ausencia de consentimiento por parte del titular según Registro. Ahora bien, ninguno de estos dos aspectos son discutidos por el recurrente, el cual se limita a decir que el consentimiento ha existido aunque no de forma expresa sino tácita, pero que resulta tan evidente que no puede ser ignorado. Por ello el tracto no queda roto al menos desde el punto de vista material.

El Registrador, es decir, yo en este caso, se muestra conforme con el recurrente en la viabilidad de la titularidad *ob rem*, y en la clara vinculación tácita que ha querido establecerse por parte de «Ruvador, Sociedad Anónima», lo que ya no admite es que dentro de las funciones registrales se encuentre la facultad de apreciar voluntades tácitamente manifestadas, aunque en ocasiones como en la presente se haría deseable que así fuera.

El recurrente apoya sus tesis en ciertos supuestos hipotecarios (art. 353 RH) en los que el Registrador puede valorar consentimientos de naturaleza tácita; ahora bien, tales casos, como el del precepto de referencia, resultan excepciona-

les, y —por otro lado— no es claro que nos encontremos ante manifestaciones tácitas, sino más bien presuntas El hecho de tales excepciones al consentimiento formal ratifica la regla general del mismo, la cual regirá en todos aquellos casos, como el presente, donde no exista excepción expresa.

Podría uno plantearse, como el recurrente y yo hicimos en su día, en qué lugar viene exigido o proclamado en la Ley ese principio de consentimiento formal y expreso. A mi modo de ver tal exigencia deriva de la propia naturaleza del procedimiento registral, pero sobre todo de la combinación de dos preceptos: el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, relativo a los títulos formales (que por cierto no se cita en la Resolución), y el artículo 20 del mismo texto legal (tracto sucesivo), que utiliza la palabra «otorgar» para referirse al constituyente o transmitente del derecho. Si el titular registral ha de otorgarse el acto plasmándolo en alguno de los títulos formales hábiles al respecto, malamente puede admitirse una voluntad tácitamente manifestada con operancia registral, todo ello independientemente del derecho material que pueda asistir al recurrente.

El tercer punto de la nota ni siquiera fue objeto de debate en el recurso, pareciendo pues que el recurrente se conforma con el mismo. El asunto es de todas formas muy sencillo: no cabe rectificar una finca matriz que se ha modificado por efecto de diversas operaciones registrales, en este caso segregaciones, sino que la rectificación habrá de ir referida a las nuevas fincas: segregadas o resto.

A. P. DE LA C.

CONDICION RESOLUTORIA EN GARANTIA DE PRECIO APLAZADO:

NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO POR EL QUE SE DISPENSA AL VENDEDOR DE LA PREVIA RESTITUCION DE LAS CANTIDADES QUE HABRIA DE DEVOLVER PARA EL EJERCICIO DE LA RESOLUCION, ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 175-6.ª DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

EN LA VENTA DE INMUEBLES CON CONDICION RESOLUTORIA, LLEGADO EL CASO DE FALTA DE PAGO, ES NECESARIO PARA VERIFICAR LA NUEVA INSCRIPCION EN FAVOR DEL VENDEDOR QUE SE ACREDITE HABERSE REALIZADO LA CONSIGNACION DEL ARTICULO 175-6.ª DEL REGLAMENTO Y QUE SE HAN PUESTO A DISPOSICION DEL COMPRADOR LAS LETRAS PENDIENTES DE PAGO.

SE REITERA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION DE 29 DE DICIEMBRE DE 1982, EXIGIENDO LAS FORMALIDADES DEL ARTICULO 59 y 175-6.ª DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SIN QUE QUEPA DISMINUIR NADA POR UNA POSIBLE CLAUSULA PENAL PACTADA. (RESOLUCIONES DE 16 Y 17 DE SEPTIEMBRE DE 1987 Y 19 DE ENERO DE 1988)

1. RESOLUCIÓN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1987

Hechos.—I. El día 12 de noviembre de 1984, mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos, la mercantil «Inmobiliaria Albal, Sociedad Anónima», representada por don Ignacio Duato Gómez-

Novella y don José Sanchís Perales, vendió a los cónyuges don Jorge Suárez Gómez y doña María Teresa Almazor Larrañaga un piso-vivienda y dos locales destinados a plazas de aparcamiento, conviniéndose el precio en cuanto al primero en parte satisfecho de contado, otra parte retenida por la parte compradora para atender el pago de un préstamos hipotecario que grava dicho piso, y finalmente en la parte restante aplazado, y en cuanto a los dos locales, la venta se convino por precio satisfecho de contado.

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 12 de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento (escritura núm. 3.403, de 12 de noviembre de 1984, ante el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos) en este Registro de la Propiedad el 14 de diciembre último, con el número 2.979-1, del Diario 28, retirado por el presentante el día 24 de diciembre siguiente y devuelto el día 29 de enero de este año, se ha inscrito en cuanto a las fincas descritas bajo las letras *b)* y *c)*, en donde indican los cajetines puestos al margen de la descripción de dichas dos fincas, con carácter ganancial. Y se deniega la inscripciónen cuanto a la finca descrita bajo la letra *a)* por observarse los siguientes defectos: 1.° Establecerse [disponendo 2.° *e)*], en contra del espíritu de la letra del artículo 1.504 del Código Civil, la resolución automática de la compraventa del piso-vivienda por la falta de pago de cantidades no sólo distintas del precio aplazado, sino además variables y por tanto indeterminadas en este momento y necesidades de determinación bilateral en su día. 2.° Dispensarse al vendedor (párrafo penúltimo del mismo apartado y disponendo) para el ejercicio de la resolución de pleno derecho, de la previa restitución de las cantidades que haya de devolver, en contra del criterio de la jurisprudencia hipotecaria. 3.° Admitirse [último párrafo del mismo apartado *e)*] la posibilidad de acreditar el pago del precio con efectos registrales, mediante la presentación de unas letras de cambio que no sólo no se identifican, sino que ni se han creado ni se sabe si se crearán. Y considerándose insubsanables el primero de los defectos indicados no procede tomar anotación preventiva que tampoco se ha solicitado. Se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 485, *c)*, del Reglamento Hipotecario. Madrid, 5 de febrero de 1985.—El Registrador, firma ilegible».

III. Don Ignacio Duato Gómez-Novella y don Jorge Suárez Gómez interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: A) Que en cuanto al primer defecto de la nota del Registrador hay que distinguir: 1.° Establecer la resolución automática de la compraventa del piso-vivienda por falta de pago de cantidades distintas del precio aplazado. Hay que considerar que dicha calificación supone una imprecisión técnica, puesto que en el disponendo 2.°, *e)*, las partes distinguen el ejercicio no contencioso de la facultad resolutoria (art. 1.504 CC), de la demanda de incumplimiento o resolución, amparada en el artículo 1.124 o en el citado 1.504 del Código Civil; hay que aclarar que a la palabra «vencimiento», empleada en dicho disponendo, se le da dos sentidos: El de vencimiento o un término o final de un plazo y como nominal o importe que debe ser pagado al fin de un plazo o, incluso, como nominal o importe de un efecto, y, por último, hay que resaltar que se incurre en un error de interpretación de la escritura ya que relacionando los apartado *d)* y *e)* del disponendo 2.° de la misma resulta que no se vincula la falta de pago de «cantidades distintas del precio aplazado» al ejercicio de una facultad resolutoria, sino que ésta se afirma procedente en caso de falta de pago de la deuda indivisible y, por tanto, única, por precio aplazado y por repercusión del ITE, al que las partes dan carácter de

precio o de trato inseparable al del precio, por imperativo legal, y 2.° establecer la resolución automática de la compraventa del piso-vivienda por falta de pago de cantidades variables indeterminadas en este momento y necesidades de determinación bilateral en su día. Esto supone otro error de interpretación de la escritura, ya que conforme al apartado *d)* del disponendo 2.° de la misma, si después de la emisión y aceptación de las letras de cambio libradas la Ley varía el tipo de ITE, las partes convienen que el importe total resultante para los respectivos vencimientos se considerará indivisible y que si dicho importe fuese superior al nominal de la letra (por ser el tipo del ITE a la fecha de pago superior a la del libramiento de las letras o fecha de escritura) el comprador, además de su obligación de pagar la letra (obligación cambiaria) tendrá obligación de pagar la diferencia entre el nominal de la letra y el importe total resultante (obligación escrituraria), lo que resulta del apartado *e)* del disponendo 2.° de la escritura. Que como fundamento de Derecho de lo expuesto anteriormente hay que destacar los artículos 11, párrafo 1.°; 10 y 9, párrafos *a)* y *c)*, armonizados con el artículo 8, párrafo *c)*, del texto refundido del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, redactado conforme a la Ley 6/1979, de 25 de septiembre; los artículos 1.149 y 1.151 del Código Civil, en relación con el artículo 1.445 del mismo Cuerpo legal, y los artículos 11 y 19 de la Ley citada anteriormente, de los que resulta que cada vencimiento del precio aplazado comprende las obligaciones indivisibles de pago de parte del precio aplazado y de pago de la repercusión del ITE, cuya suma fija el nominal de cada vencimiento como obligación total e indivisible; el artículo 1.447 del Código Civil, en cuya virtud la obligación indivisible e inseparable de la de pagar el precio, la de pagar el comprador la repercusión del ITE, debe tenerse por cierta, puesto que las partes aceptan como posible que el legislador modifique el tipo impositivo. B) Que en lo referente al segundo defecto de la nota de calificación se considera que el penúltimo párrafo del apartado *e)* del disponendo 2.° se limita a dispensar al vendedor del requisito de la prueba acreditativa de restitución de las cantidades que haya de devolver, como requisito previo para inscribir la resolución de la venta; así, pues, conviene precisar una distinción entre dos supuestos de hecho en el ejercicio de la facultad resolutoria: *a)* cuando nada se haya pactado que altere el principio de reciprocidad natural de las prestaciones restitutorias, y *b)* cuando se haya pactado especialmente qué debe acontecer con referencia a la práctica de las recíprocas prestaciones restitutorias, que es el caso que nos ocupa. Que como fundamento de Derecho de lo expresado hay que citar el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, que no condiciona la práctica de la inscripción a favor del vendedor de la readquisición resultante de la resolución, a la previa restitución del precio que aquél debe entregar al comprador y se permite al vendedor y comprador convenir la forma de restituir el precio, y el artículo 175 de dicho Reglamento, en su número 6, no se refiere a la inscripción de la readquisición por resolución a favor del vendedor, sino a la cancelación de los asientos intermedios entre el asiento causado por la venta resuelta y el asiento que publica la resolución; siendo esta interpretación la que resulta también de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1961. C) Que en cuanto al tercer defecto de la nota del Registrador hay que distinguir: 1.° Admitirse la posibilidad de acreditar el pago del precio a efectos registrales mediante presentación de unas letras que no se identifican. Hay que considerar que la palabra «admitirse» es equívoca, pues se trata de un convenio que aunque no está expresamente previsto o autorizado por la Ley tiene la cobertura legal de lo previsto en el artículo 156 de la Ley

Hipotecaria y la cobertura usual de las cláusulas en las escrituras de hipoteca cambiaría; por otro lado, las letras cuya tenencia sirve para acreditar el pago están identificadas conforme consta en el párrafo 3.° del apartado *d)* del disponendo 2.°, superando los elementos de identificación que exige la doctrina para la determinación de las prestaciones objeto de un contrato y la que fijan los artículos 1.271 y siguientes del Código Civil (particularmente el artículo 1.273) y artículo 154 de la Ley Hipotecaria; ya que no existe ninguna disposición legal que obligue a los contratantes a identificar las letras de cambio que emplean de alguna manera específica y 2.° admitirse la posibilidad de acreditar el pago del precio, a efectos registrales, mediante la presentación de unas letras que no se han creado, ni se sabe si se crearán. No puede considerarse como defecto, ya que la posibilidad de que las cosas futuras sean objeto o materia de los contratos y de las obligaciones está legalmente sancionada por las leyes. Que como fundamento de Derecho de lo anterior hay que establecer que el convenio de referencia está permitido por los artículos 1 445 y 1.170, párrafo 2.°, del Código Civil, y 10 de la Ley Hipotecaria, pues se conviene la posibilidad de entrega de las letras de cambio como acto futuro; los artículos 495 y siguientes del Código de Comercio y 58 del Reglamento Hipotecario, en relación con los artículos 56 del mismo y 156 de la Ley Hipotecaria, de los que resulta la doctrina de que el documento notarial que acredite que obra en poder del deudor (comprador con precio aplazado y aceptante) las letras de cambio que hubiere entregado al vendedor como instrumento de pago, identificadas según las circunstancias válida y suficientemente señaladas para su determinación en el momento del otorgamiento de la compraventa, es título bastante para hacer constar el pago de las letras y, por consiguiente, del precio de la compraventa; el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que abre la posibilidad de cancelación del asiento de inscripción de la facultad resolutoria, cuando el derecho queda extinguido, cuando así resulta del título que causó la inscripción; el artículo 18 de la Ley Hipotecaria que no legitima que la calificación contemple los riesgos que para el vendedor y comprador se sigan ante la posibilidad que uno y otro suscriban, entre sí, duplicadamente las letras de cambio; los artículos 1.271 y siguientes del Código Civil, conforme a los cuales las cosas futuras determinables pueden ser objeto de los contratos, en relación con el artículo 1.170, párrafo 2.°, de dicho Código, y, por último, el artículo 1.224 del Código Civil, conforme al cual, y en relación con el 1.230 del mismo, ha nacido toda la teoría de la formación y formalización de los contratos.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que la referida nota, contra la que se recurre, se halla ajustada a Derecho por las siguientes consideraciones: I. En cuanto al primer defecto de los indicados en ella, hay que estimar las siguientes presmisas: 1.ª) Que la resolución automática de pleno Derecho del artículo 1.504 solamente es aplicable por falta de pago del precio, y así viene declarado en el auto dictado por la Audiciencia Territorial de Madrid de 20 de diciembre de 1983; 2.ª) Que la autotutela privada que implica el pacto comisorio es excepcional, ya que la misión de tutelar los derechos de todos corresponde a los Tribunales y atribuir a una de las partes la facultad de dirimir las divergencias que puedan surgir del contrato sería dejar a su arbitrio no sólo el cumplimiento del contrato, contrario a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, sino también la penalidad establecida para el caso de incumplimiento, y tales divergencias caben en lo referente al Impuesto General de las Empresas. Así, pues, con razón el artículo 1.504 del Código Civil sólo permite la autotutela para el vendedor en caso de impago del precio y el artículo 59 del

Reglamento Hipotecario adopta este mismo criterio para la cancelación de la inscripción de adquisición sin consentimiento del titular registral; la interpretación de los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento nos lleva a la misma conclusión, no obstante, el vendedor no queda desprotegido frente a los terceros adquirentes del comprador que no cumplen las obligaciones que les incumben, cuando su incumplimiento se erige en condición resolutoria, en virtud de lo establecido en el artículo 51, 6.ª, del Reglamento Hipotecario será aplicable el párrafo 2.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, pero hay que entender que en este caso no hay autotutela privada, sino que es el Juez quien ha de decidir si se ha cumplido o no la condición resolutoria añadida como elemento accidental al negocio, y 3.ª) Que la determinación de si se han cumplido o no las obligaciones contraídas en el modo pactado, compete a los Jueces y Tribunales, y si se admite que el Registrador cuando se le presente el acta de notificación o requerimiento pueda decidir acerca de la justicia de las alegaciones y obrar en consecuencia, este funcionario suplantaría funciones judiciales que no le corresponden. II. En lo referente al segundo de los defectos acusados en la nota hay que citar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982. III. En cuanto al tercero de los defectos indicados, hay que considerar: Que para la llamada cancelación de la condición resolutoria se viene sustituyendo la demostración del pago por la prueba de hecho de la tenencia de las letras por el comprador, pero la deducción de que el pago se ha verificado por dicha tenencia solamente puede hacerse en el caso de que se acredite que las letras presentadas por el comprador son las mismas que se entregaron en su día al vendedor y esto exige que sean plenamente identificadas no sólo en cuanto a los elementos personales, vencimiento y cuantía, sino también en cuanto a la clase, serie y número, ya que prescindir de dichos datos hará imposible la cancelación por el procedimiento antes aludido. Que, según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el Registro de la Propiedad descansa sobre la documentación pública, y los artículos 154 y 244 del Reglamento Notarial establecen la «identificación documental», tendiendo todos ellos a evitar la suplantación de un pliego por otro; así, pues, no se puede admitir un procedimiento por el que se prive de una garantía registral a una persona por lo que podría llamarse «acta de parecido» en la que el Notario se apoye en un documento privado: la letra de cambio. Que se argumenta en contra de la nota calificadora que cuando vendedor y comprador no han adoptado más precauciones para evitar el día de mañana una cancelación indebida, no hay razón para exigirlas, pero hay que tener en cuenta: 1.ª) Que la materia de formas y procedimiento está por regla general sustraída a la voluntad de los interesados; 2.ª) Que con la misma argumentación cabría considerar válido el pacto por el que se estableciera que bastaría para acreditar el pago la simple afirmación del comprador. Que en el caso en cuestión no puede haber identificación ni entrega de las letras de cambio, ya que éstas no existen, pues en la escritura lo que se pretende es autorizar al comprador para que el día de mañana se presente ante un Notario con unas letras creadas posteriormente y entregadas al vendedor, para que haga constar que el precio está pagado en su totalidad, con lo que se pretende tenga aplicación «el procedimiento cancelatorio unilateral».

V. El Notario autorizante de la escritura informó: Que está conforme con el escrito de interposición del recurso, sus fundamentos y conclusiones. Que hay una falta de congruencia entre la argumentación del escrito de interposición del recurso y el informe del señor Registrador. Que respecto al primer motivo del recurso hay que destacar que la obligación de pagar el precio y la obligación de

pagar la repercusión del ITE son obligaciones nacidas de la venta de un bien y legalmente vinculadas con carácter indivisible, que generan en la práctica un vínculo único: una sola obligación, siendo aplicables al caso los artículos 11.1, y 19, *a)* y *c)*, en relación con el artículo 8, *a)*, del texto regulador del Impuesto de Tráfico de las Empresas y, por tanto, la facultad resolutoria puede ejercitarla el vendedor en caso de incumplimiento de dicha obligación única e indivisible, en virtud del principio de integridad del pago del artículo 1.169 del Código Civil; todo lo dicho anteriormente tiene una razón de ser económica y jurídica y, en definitiva, es lo pactado por las partes en la escritura. Que la clave del problema está en el trato de ambas obligaciones como indivisibles y que la única variable posible admitida en la escritura calificada es la modificación por la Ley del tipo legal aplicable y, por lo tanto, la parte vendedora no se reserva ninguna facultad arbitraria, sino la facultad de invocar y de aplicar la ley determinante de la cuantía del tipo, en virtud de la aplicación analógica del artículo 1.447 del Código Civil. Que al haberse pactado la facultad resolutoria, al vendedor le basta ejercer dicha facultad para producir el efecto resolutorio sin necesidad de acudir a los Tribunales. Que en cuanto al segundo motivo del recurso, hay que considerar que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982 establece que la aplicabilidad de la consignación prevista en el artículo 175, 6.° del Reglamento Hipotecario, deriva de la cláusula pactada y, consiguientemente, de los términos de la misma; así, pues, la cláusula puede eximir del depósito y tal exención es válida, legal y eficaz entre partes, y en cuanto pueda afectar a adquirentes del crédito o subrogados en la obligación debe tener aquélla acceso al Registro de la Propiedad; aspecto distinto ofrece la práctica del asiento correspondiente al ejercicio de la facultad resolutoria, siendo, por lo tanto, dicha cláusula ineficaz respecto a los terceros adquirentes de la finca o derechos reales sobre ella que merezcan la protección registral, según el inciso final del artículo 175, 6.°, antes citado. Que en lo referente al tercer motivo del recurso hay que destacar que la cláusula calificada encomienda al Notario la comprobación de la identidad entre los datos de identificación referidos en la escritura y los datos correspondientes de las letras que se exhiban y que el acta que autoriza aquél es un documento público y auténtico que satisface la finalidad perseguida por el artículo 30 de la Ley Hipotecaria y acredita un hecho que es tenido como exteriorización concluyente del pago, y aunque no se utilicen como uno de los elementos de identificación de la letra los correspondientes al número, serie y clase del efecto timbrado en que vaya extendido aquélla, hay identificación y no «parecido»; en este sentido es aconsejable recordar lo establecido en el artículo 45 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque *(sic)*.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que el artículo 1.504 del Código Civil no admite una interpretación extensiva ni permite que al precio se sumen en forma indivisible otras prestaciones diferentes del mismo; en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982 y en que la identificación de las letras de cambio en el presente caso resultaría imposible, puesto que no tienen existencia al no constar en la escritura que hayan sido libradas y no ha podido quedar constancia de todos los datos que se consideran precisos para su indubitada identificación.

VII. Los señores recurrentes apelaron el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadiendo los fundamentos aducidos por el señor Notario en su informe.

Fundamentos de Derecho.— Vistos los artículos 4, 6, 606, 1.124, 1.172 a 1.174, 1.237, 1.255, 1.270, 1.271, 1.273, 1.281, 1.284, 1.285, 1.289, 1.504, 1.859 y 1.884 del Código Civil; 444 del Código de Comercio; 2, 3, 10, 11, 23, 40, 79, 82, 103, 136 y 156 de la Ley Hipotecaria; 51, 56, 59, 173, 175, 179 y 355 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 21 de julio y 3 de diciembre de 1986 y 24 de marzo de 1987.

1. La primera cuestión planteada en este recurso consiste en determinar si es posible garantizar con condición resolutoria explícita no sólo el pago del precio aplazado, sino también la cantidad correspondiente a la repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas.

2. Como ya señaló la Resolución de 24 de marzo de 1987, cuando se constituyen como dos obligaciones independientes de la parte compradora netamente separadas y diferenciadas, la que afecta a la parte del precio aplazada y la que se refiere a la parte aplazada por repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas, el importe de esta repercusión queda excluido de toda consideración como precio, no aparece integrado en la contraprestación básica del comprador; el Impuesto de Tráfico de Empresas no es en tal caso sino una consecuencia accesoria del negocio celebrado sobre el que las partes adoptan las previsiones oportunas, pero sin que pasen éstas a integrar la estructura típica de aquél ni a participar en la reciprocidad de las prestaciones que motivan su celebración.

3. La resolución automática prevista en el artículo 1.504 del Código Civil para el caso de impago del precio aplazado sólo queda justificada por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental tal como subjetivamente fue configurado, pero no en aquellas hipótesis en las que el propósito determinante de la negociación queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias.

4. Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la prohibición de pacto comisorio, por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones (cf. arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil), y si bien dicha prohibición tiene una excepción concreta en el artículo 1.504 del Código Civil, no procede extender la garantía arbitrada por esta norma a prestaciones accesorias derivadas del contrato de compraventa (cf. Sentencia de 7 de junio de 1963).

5. La segunda cuestión consiste en determinar si cabe dispensar al deudor de la previa restitución de las cantidades que haya de devolver para el ejercicio de la resolución de pleno derecho.

6. Como ya señaló la Resolución de 29 de diciembre de 1982, para que se pueda proceder a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor habrá de tenerse en cuenta por el Registrador no sólo si se han cumplido los requisitos y formas que señala el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada como podría ser, en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175, 6.ª, del Reglamento Hipotecario, del valor del bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el artículo 1.154 del Código Civil.

7. Por otra parte, al igual que sucede en materia de hipoteca cambiaria —como pusieron de relieve, entre otras, las Resoluciones de 23 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978— en que para proceder a la ejecución hipotecaria

se requiere que el acreedor presente y tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas, a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas y pendientes de pago por el deudor.

8. La tercera cuestión planteada consiste en determinar si cabe admitir como medio de acreditar el pago del precio aplazado por el comprador a efectos de cancelar registralmente la condición resolutoria que lo garantiza el acta notarial de la que resulte que obran en poder de dicho comprador letras que se identifican exclusivamente por la especificación del librador (vendedor), del librado aceptante (comprador), del importe nominal de la cambial y de la fecha de su vencimiento, sin ninguna otra referencia a las restantes menciones del entonces vigente artículo 444 del Código de Comercio, ni a la serie y número de las mismas, y si puede inscribirse la cláusula del título presentado en que se contienen tales previsiones.

9. Esta cuestión es similar a la resuelta por las Resoluciones de 21 de julio y 3 de diciembre de 1986, y como en ellas se declarará, si bien la exigencia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral conduce a la necesaria cancelación de un asiento cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito (cf. arts. 2.1.°; 79.2.° Ley Hipotecaria y 173 Reglamento Hipotecario) y, por tanto, en el caso contemplado habría de proceder a la cancelación de la condición resolutoria estipulada en garantía de la parte aplazada del precio cuando se acredita de aquel modo la realidad del pago y su correspondencia con crédito garantizado, sin embargo, no puede considerarse prueba suficiente a efectos registrales, en estos extremos, el acta notarial analizada, toda vez que, sobre tratarse de documentos privados, las cambiales emitidas no fueron debidamente identificadas en el título básico al omitirse datos descriptivos tan esenciales como su serie y número, debiendo rechazarse igualmente la inscripción de la cláusula ahora debatida, por cuanto la organización y funcionamiento del Registro, dada la trascendencia *erga omnes* y su finalidad protectora del tráfico inmobiliario, son materias sustraídas a la autonomía de la voluntad; los particulares, salvo los casos específicos en que así se prevea, no pueden modalizar y predeterminar la conducta futura del Registrador, quien ha de calificar todo título que pretenda su acceso al Registro conforme al sistema legalmente establecido.

Por todo ello, la Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

2. Resolución de 17 septiembre de 1987

Hechos.—I. El día 4 de mayo de 1984, en escritura autorizada por el Notario de Madrid don Víctor Manuel Garrido de Palma, «Tarkis, Sociedad Anónima», vendió una participación indivisa de una finca urbana, sita en la calle Recoletos, número 9, de Madrid, aceptándose como forma de pago del precio aplazado doce letras de cambio consignadas en la escritura y conviniéndose en su cláusula cuarta una condición resolutoria explícita para la falta de pago de cualesquiera de los efectos cambiarios. No habiendo sido pagada la letra de vencimiento 4 de marzo de 1985 fue protestada oportunamente y se notificó al comprador mediante requerimiento notarial la resolución del contrato sin que en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes, tal como consta en el acta de requerimiento,

se haya pagado la parte del precio que representa la letra y los gastos ocasionados.

Posteriormente, don Esteban Collantes Pérez-Arda, en nombre y representación de «Tarkis, Sociedad Anónima», dirigió escrito, con fecha 9 de abril de 1985, al Registrador de la Propiedad número 1 de Madrid, solicitando la nueva inscripción del título de propiedad a nombre de la Sociedad por él representada.

II. Presentado el escrito antes referido en el Registro de la Propiedad número 1 de Madrid, fue calificado con la siguiente nota: «Examinada la instancia presentada por don Esteban Collantes Pérez de Arda, en representación de «Tarkis, Sociedad Anónima», sobre resolución de compraventa, se confirma, con arreglo a lo previsto en los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria: 1.° Que no se acredita su presentación en la oficina de Hacienda Pública competente a efectos de los impuestos que puedan serle aplicables. 2.° Que se advierte además que no se acompaña ningún documento que acredite la consignación a que se refiere el número sexto del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Y que considerando que lo que se indica en el número 1.° impide realizar, según dispone el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, la calificación del documento y toda operación registral que no sea el asiento de presentación, se suspende la calificación de la instancia y documentos que se acompañan, que se devuelven al presente, con los efectos prevenidos en el repetido artículo 255 de la Ley Hipotecaria y 97, 111, 432 y concordantes de su Reglamento. No procede anotación preventiva. Madrid, 27 de mayo de 1985. El Registrador. Firma ilegible».

El día 19 de junio de 1985, el representante citado volvió a dirigir escrito al mismo Registrador acreditando lo expresado en el apartado primero y solicitando aclaración respecto a lo mencionado en el apartado segundo de la nota de calificación transcrita, que fue calificado con la siguiente nota: «Examinados los precedentes documentos y los asientos del Registro con ellos relacionados se observa: 1.° Que no se acredita haber realizado la consignación a que se refiere la regla sexta del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. 2.° Que no se acredita haber puesto a disposición del comprador la letra o las letras pendientes de pago, necesaria cuando es éste el medio de pago utilizado, según confirma la Resolución de la Dirección de los Registros de fecha 29 de diciembre de 1982 —*Boletín Oficial del Estado* de 19 de enero de 1983—. Y considerando estos defectos subsanables suspendo las operaciones solicitadas y en su lugar, y a solicitud del representante, tomo anotación preventiva de las operaciones solicitadas por término de sesenta días, al folio 3 del libro 2.308 del Archivo, finca número 86.284, anotación letra A. Madrid, 22 de junio de 1985. El Registrador. Firma ilegible».

III. Don Esteban Collantes Pérez-Arda, en nombre de la entidad «Tarkis, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la regla sexta del artículo 175 del Reglamento Hipotecario no es aplicable al supuesto que se contempla: 1.° Porque tal precepto se encuentra incluido en el título IV del Reglamento Hipotecario, en donde se regula la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas en los casos a los que se refiere el artículo 79 de la Ley Hipotecaria. 2.° Porque en el segundo párrafo de la regla sexta del citado precepto 175 del Reglamento Hipotecario se vuelve a hacer referencia a la cancelación de la inscripción, que es totalmente diferente a la nueva inscripción. Y 3.° Porque aunque dicho precepto habla de rescisión o nulidad, el legislador sabría distinguir lo que en nuestro ordenamiento jurídico significan dichos vocablos con respecto al de resolución, en donde se parte de un contrato perfecto que se resuelve por alguna causa que surge después, a lo largo

de la vida del contrato. Que no existe ningún precepto que establezca la obligación de tener que poner a disposición del comprador las letras pendientes de pago, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no son fuentes de Derecho, según el artículo 1 del Código Civil. Que es de absoluta y exclusiva aplicación el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en relación con los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 1.504 del Código Civil, que establece como únicos requisitos que se haga constar la notificación judicial o notarial, hecha al comprador por el vendedor, de quedar resuelta la venta y se acompañe el título del vendedor. Este criterio es el mantenido por la mayoría de la doctrina hipotecaria y está confirmado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1933.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que en la venta de bienes inmuebles con condición resolutoria, a que se refiere el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en aplicación de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 1.504 del Código Civil, es necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor, en caso de falta de pago, además de los requisitos que dicho artículo establece, acreditar la devolución del precio en todo o en parte, como establece la regla sexta del artículo 175 del Reglamento Hipotecario y, en su caso, haber puesto a disposición del comprador la letra o letras pendientes de pago; todo ello en base a los siguientes fundamentos:

1.° La propia cláusula que se intenta ejecutar, pues si el vendedor puede retener el 50 por 100 de la parte del precio ya satisfecho ha de acreditar que ha vuelto o que ha consignado de forma suficiente el resto.

2.° El artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que establece la necesidad de acreditar lo anterior y en su regla sexta establece la forma de hacerlo.

3.° En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982. Que tanto la regla sexta del artículo anteriormente citado y la doctrina de la Dirección General antes mencionada, establecen normas claras para la actuación del Registrador y justifica la nota recurrida. Que en relación a los argumentos invocados por el recurrente hay que considerar:

1. La doctrina ha rectificado posteriormente la tesis invocada por él.
2. Que el artículo 175 del Reglamento Hipotecario es aplicable al caso; la regla sexta de dicho artículo es complemento del artículo 59 del Reglamento Hipotecario y ambos desarrollo, a efectos del Registro, del artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 1 504 del Código Civil, y así se deduce:

a) De la interpretación dentro del sistema de nuestra legislación hipotecaria. El párrafo primero de la tan citada regla sexta del artículo 175 se refiere a la venta con condición resolutoria y el párrafo segundo del mismo artículo a la venta de bienes sujetos a condición resolutoria; por otra parte, el citado artículo regula, con referencia al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, las cancelaciones sin voluntad del titular y precisamente la cancelación por incumplimiento de condición resolutoria es un caso de los más característicos de tal procedimiento de cancelación por lo que es impensable que el legislador no se refiera al mismo, y, por último, estamos ante un caso de cancelación, pues es evidente que cuando se reinscribe a favor del vendedor se cancela la inscripción del comprador y, en realidad, todo ello está previsto en la citada regla.

b) De la concordancia de dicha regla sexta con los efectos que la resolución produce e interpretación analógica.

La resolución tiene como consecuencia la obligación por ambas partes de restituirse lo percibido, así lo establece el artículo 1.123 del Código Civil y la norma del Reglamento Hipotecario no hace más que exigir que se acredite dicha restitución; éste es también el sentido de los artículos 1.295 y 1.308 del Código Civil. Especial interés tiene el artículo 11 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, cuya regulación podía aplicarse a la venta de bienes inmuebles por vía contractual.

c) De la interpretación de la regla sexta del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, según la realidad social y la equidad, de acuerdo con el artículo 3.º del Código Civil.

Con lo expuesto anteriormente se estima demostrado que la nota recurrida interpreta la citada regla como exige el artículo 3.º del Código Civil, no obstante, si quedase alguna duda, acudiendo a la realidad social y a la equidad a que se refiere dicho artículo, se llega a la misma conclusión, porque la protección registral debe alcanzar tanto al vendedor como al comprador.

3. Que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no son fuentes de Derecho, según el artículo 1.º del Código Civil, y por ello la Resolución de 29 de diciembre de 1982 no se cita con tal carácter en la nota de calificación, sino para confirmar algo que es lógico, por otra parte, las Resoluciones deben de servir de guía al Registrador, sin perjuicio de su independencia al calificar; si bien la Resolución antes citada se refiere a un caso distinto al que se contempla en este recurso, en sus considerandos se fijan criterios que eran muy necesarios determinar, de acuerdo con la evolución de la doctrina, la jurisprudencia y de las mismas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que, por último, cabe citar la Resolución de dicha Dirección General de 17 de septiembre de 1985.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose principalmente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982 y en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que en este caso es de exclusiva aplicación el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, pues al no haberse opuesto el comprador al requerimiento exigido por el artículo 1.504 del Código Civil, aquel artículo opera automáticamente en relación con el artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Que se cumplen los requisitos legales para inscribir a favor del vendedor, según afirma el Registrador que deniega la inscripción debatida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982. Que dicha Resolución analiza un caso opuesto al planteado en este recurso, ya que no hay oposición, sino allanamiento tácito. Que no es aplicable la regla sexta del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, ya que dicha regla es sólo aplicable para el caso de que no haya acuerdo de voluntades, como establece el mismo precepto en su encabezamiento; además, la Resolución del citado Centro Directivo de 3 de junio de 1961, en su quinto considerando, es clara en esta cuestión.

Fundamentos de Derecho.— Vistos los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil; 82 de la Ley Hipotecaria; 59 y 175 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de 28 de enero de 1944; 7 de marzo de 1950; 11 de marzo y 23 de septiembre de 1959; 20 de octubre de 1964; 1 de febrero de 1967; 24 de junio y 31 de octubre de 1968; 3 de junio de 1970; 19 de diciembre de 1972; 23 de abril de 1975; 14 de

abril y 17 de noviembre de 1978; 16 de noviembre de 1979; 26 de enero, 12 de febrero y 8 de abril de 1980; 30 de abril y 31 de mayo de 1982, y las Resoluciones de 23 de octubre de 1973, 31 de octubre y 17 de noviembre de 1978 y 29 de diciembre de 1982.

1. La cuestión planteada en este recurso consiste en determinar si en la venta de bienes inmuebles con condición resolutoria a que se refiere el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en aplicación del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, 1.504 del Código Civil, es necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor, llegado el caso de falta de pago a que dicho artículo 175, regla sexta, del Reglamento Hipotecario, y si, como consecuencia de lo anterior y en su caso, es preciso también acreditar haber puesto a disposición del comprador la letra o letras pendientes de pago.

2. Como ya señaló la Resolución de 25 de diciembre de 1982, para que se pueda proceder a la inscripción del inmueble a nombre del vendedor habrá de tenerse en cuenta por el Registrador no sólo si se han cumplido los requisitos y formas que señala el artículo 55 del Reglamento Hipotecario, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175, 6.°, del Reglamento, del valor del bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prevista en el artículo 1.154 del Código Civil.

3. Por otra parte, al igual que sucede en materia de hipoteca cambiaria —como pusieron de relieve, entre otras, las Resoluciones de 23 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978— en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas, a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas giradas como instrumento de pago del precio estipulado.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la nota calificatoria y el auto apelado.

3. Resolución de 19 de enero de 1988

Hechos· I. Mediante escritura otorgada el día 31 de julio de 1981, ante el Notario de Barcelona don Juan Fabregat Plana, la Sociedad «Noveta, Sociedad Anónima», vendió a «Técnicas de Gestión Aplicadas, Sociedad Anónima», cuatro fincas del edificio sito en la calle Numancia, 187, de Barcelona. Dichas fincas se vendieron con precio aplazado mediante la expedición de diversas letras de cambio, de las que, una vez vencidas, seis de ellas han sido impagadas y protestadas, habiéndose acordado en la escritura de compraventa un pacto resolutorio expreso de la misma por impago de las letras aplazadas, que figura inscrito en el Registro de la Propiedad gravando las citadas fincas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, se remitió al comprador, mediante notificación efectuada personalmente por el Notario de Barcelona don Antonio Ventura Traveset, por acta de 20 de marzo de 1985, una carta requiriéndole para que se allanase a la resolución contractual;

compareciendo en dicha acta la entidad compradora, no puso obstáculos a la resolución, haciendo constar que vendió las fincas a un tercero.

Con fecha 11 de junio de 1985, «Naveta, Sociedad Anónima», envió el acta antes citada el señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, con un escrito solicitando la cancelación de la inscripción de dos de las fincas que fueron objeto de la venta antes referida, por ejercicio del pacto resolutorio expreso por falta de pago inscrito a favor del vendedor y la nueva inscripción de las referidas fincas a nombre de éste, acompañándose también copia de la escritura de compraventa y las seis letras de cambio impagadas con las actas de protesto.

II. Presentada la documentación antes citada en el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento presentado junto con una instancia de fecha 11 de julio de 1985 y con escritura de compraventa de 31 de julio de 1981 por los motivos siguientes. Primero, por no constar la nota de liquidación exención o no sujeción al impuesto conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Segundo, por no constar la consignación de las cantidades que, en su caso, hayan de ser devueltas a las resultas del convenio de liquidación entre los interesados o de la decisión de los Tribunales, en su caso, ya que, habiéndose cumplido parcialmente por la parte compradora una serie de plazos del precio aplazado, la necesidad de consignar deriva de la naturaleza de toda resolución de contratos (compárese art. 1.123 CC), y de lo preceptuado, a efectos registrales, en la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que se estima aplicable al supuesto del artículo 59 de dicho Reglamento, teniendo también en cuenta que las fincas han pasado a sucesivos adquirentes y sin que, por otra parte, la existencia de una cláusula penal pactada en el contrato de compraventa, relativa a la retención de la totalidad de las cantidades pagadas como indemnización, pueda tener efectos automáticos sin existir una aceptación expresa de los interesados sobre liquidación de cantidades concretas, y sin que haya sido decretado si procede o no la moderación de tal cláusula penal por los Tribunales, conforme al artículo 1.154 del Código Civil. Tercero, por no acreditarse la representación de la entidad vendedora instante de la resolución, y ello, tanto por lo que se refiera a la actuación de don Pedro Sanz García en el acta notarial precedente como por lo que se refiere a la solicitud de don Francisco Cabezas Martínez en la instancia de 11 de julio de 1985. Cuarto, por no constar legitimada notarialmente la firma del solicitante, don Francisco Cabezas Martínez, en la referida instancia. Defectos subsanables. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado. Contra la presente nota de calificación puede interponerse el recurso previsto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.—Barcelona, 18 de septiembre de 1987.—El Registrador.—Firma ilegible.»

III. Don Francisco Cabezas Martínez, en representación de «Naveta, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el primer motivo de suspensión se refiere a la escritura de compraventa donde figura el pacto resolutorio expreso, siendo el defecto subsanable, y se opina que dicho defecto no es correcto, por cuanto la escritura está inscrita en el Registro de la Propiedad y obra en posesión del comprador, por lo que al Registro le consta su liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y el vendedor se vería sujeto a pagar nuevamente un impuesto ya pagado. Por

otro lado, si a lo que se refiere el Registrador es al ejercicio del pacto resolutorio expreso, hay que hacer constar que ya se liquidó, antes de su inscripción, por el Impuesto de Transmisiones, porque en caso contrario, no estaría dicho pacto inscrito en el Registro. Por todo ello, siendo notorio que al señor Registrador le consta el pago del impuesto, por así figurar en los libros del Registro, procede decaer este motivo de suspensión de la inscripción. Que en lo referente al segundo motivo de suspensión hay que considerar que no se ajusta a Derecho, por las siguientes causas: 1.ª El artículo 1.123 del Código Civil no es precepto de orden público, sino que puede ser libremente modificado por las partes, en virtud del artículo 1.255 del citado Código, no existiendo ninguna fuente de interpretación que sostenga tal opinión en contrario. 2.ª En virtud de lo anterior, el acuerdo entre las partes de establecer una cláusula penal es absolutamente lícito, por la que la obligación establecida en el citado artículo 1.123 vendrá sustituida por el cumplimiento de la pena, no existiendo tampoco base interpretativa que justifique lo contrario. 3.ª Por tanto, la consignación a que se refiere la regla sexta del artículo 175 del Reglamento Hipotecario será de aquellas cantidades que realmente procedan. No habiendo más fuente al respecto que lo convenido por las partes en el contrato de compraventa y habiéndose pactado una cláusula penal sustitutoria, no procede devolución alguna, y, por tanto, no deberá consignarse cantidad alguna por ir contra la voluntad soberana de las partes contratantes. Todo esto se entiende respetando la facultad que tienen los Tribunales, de acuerdo con el artículo 1.154 del Código Civil, artículo que, en ningún caso, otorga facultad alguna al Registrador de la Propiedad para moderar y menos para anular y dejar sin efecto la cláusula penal. 4.ª El cumplimiento parcial de una obligación es prueba contundente de su incumplimiento, y a efectos registrales, ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento hacen referencia alguna al cumplimiento parcial como motivo de suspender la inscripción del ejercicio de la facultad de resolución pactada expresamente, sino que hablan tan sólo del incumplimiento de la obligación de pago aplazado (sea total o parcial) de la notificación fehaciente efectuada al comprador de quedar resuelta la venta y la presentación del título del vendedor en el Registro. Este criterio es el adoptado por los artículos 1.157 y 1.169 del Código Civil. 5.ª Ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento exigen, como cuestión previa a la reinscripción de la finca a nombre del vendedor, el que el comprador y el vendedor hayan llegado a un convenio de liquidación o haya recaído una decisión de los Tribunales sobre la misma, por lo cual no hay fundamento jurídico alguno en que el señor Registrador pueda basarse para exigir dicho requisito al vendedor cumplidor del contrato. En caso contrario, el pacto resolutorio expreso sería un absurdo jurídico que no serviría para nada, no pareciendo ser ésta la intención del legislador. 6.ª Que las fincas hayan sido vendidas a terceros no es una cuestión que pueda objetarse a la reinscripción de la finca a nombre del vendedor y menos como fuente de unas obligaciones por parte del vendedor que no están previstas frente al comprador, ni en la Ley ni en el contrato de compraventa, ya que el pacto resolutorio expreso al estar inscrito en el Registro de la Propiedad es de público conocimiento y al estarlo con anterioridad a la venta de la finca a terceros habrá que presuponer el conocimiento de su existencia por el tercer comprador y la consiguiente aceptación de los resultados que del incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado por el primer comprador puedan afectar a las fincas por él adquiridas. La opinión contraria es absolutamente contradictoria con los principios informadores de nuestro Derecho Registral y conculca expresamente los preceptos que señalan los efectos y naturaleza de las inscripciones, su publicidad y el mejor

derecho del derecho inscrito con anterioridad a otro: artículo 25 de la Ley Hipotecaria. 7.ª La aceptación expresa de la aplicación de la cláusula penal proviene del otorgamiento de la escritura de compraventa y sus efectos son automáticos. 8.ª De acuerdo con la Constitución Española, el Poder Legislativo radica en las Cortes, y los Registradores de la Propiedad deben limitarse a cumplir las leyes vigentes en la forma más literal posible, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y tampoco tienen dichos funcionarios facultades jurisdiccionales; y 9.ª Que se reitera lo expresado en la instancia presentada en el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona el día 12 de septiembre de 1985, en el que no se admitía, en ningún momento, el requisito de la consignación de la totalidad del precio aplazado, por no estar ajustado a Derecho y ser contrario al mismo, basado en una interpretación que de pasada hace la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 29 de diciembre de 1982, que en ningún momento puede considerarse fuente de Derecho, máxime si su opinión viola claramente lo expresado en la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario; de otro modo, el pacto resolutorio expreso sería de imposible aplicación en la práctica, derogándose por vía de hecho el precepto citado anteriormente, además del artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento Hipotecario, y que el ofrecimiento de aval o garantía por parte del vendedor, que puede responder de una eventual decisión judicial acerca de la extensión de la cláusula penal, que en ningún caso es exigida por la Ley, se plantea con carácter subsidario a la procedencia de la reinscripción de las fincas a nombre del vendedor, sin ser necesaria consignación alguna. Que en lo concerniente al tercer motivo de suspensión de la inscripción ha sido ya subsanado Que en cuanto al cuarto motivo de suspensión es contrario a Derecho por no exigir la legalización de la firma del instante ningún precepto legal. Que como fundamentos de Derecho hay que mencionar, aparte de los citados anteriormente, los artículos 1.089, 1.091, 1.113, 1.120, 1.123, 1.124, 1.152 y 1.154 del Código Civil sobre obligaciones; artículos 1.254, 1.255, 1.278, 1.281 y 1.283 de dicho Cuerpo legal sobre contratos, y 1.500 a 1.506 del citado Código sobre el contrato de compraventa.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: I. En cuanto al primer defecto señalado en la nota de calificación hay que significar: Que las alegaciones del recurrente no son convincentes. El acto o contrato que ahora se pretende inscribir no es la primitiva escritura de compraventa ni tampoco el «pacto resolutorio», que constan ya inscritos, sino un «título extintivo de dominio», tipificado en el número 2 del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria; pues bien, respecto a este título no consta ninguna nota de liquidación, exención o no sujeción al impuesto, y conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria, en este caso no se puede hacer la inscripción; este precepto ha sido plenamente confirmado por el artículo 72 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 29 de diciembre de 1981 y el artículo 7.º de dicho Reglamento establece qué transmisiones están sujetas al impuesto y que corresponde al liquidador del impuesto determinar si se trata de un acto liquidable, exento o no sujeto al impuesto, debiéndose limitar el Registrador a exigir que conste en el documento la nota de liquidación. Que la documentación presentada no corresponde a ninguno de los casos de excepción que señala el artículo 72, 2, del Reglamento antes citado. Que el Registrador, en virtud de lo establecido en el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, podía haber suspendido la calificación, pero, sin embargo, en la nota se ha optado por calificar el defecto como «subsanable», por las peculiaridades que se dan en el mismo, que son: 1.º Se trata de un

caso especial de reinscripción del dominio resuelto y ha parecido conveniente permitir al interesado que pueda plantear el asunto dentro del cauce gubernativo, por si formalmente pudiera entenderse cumplido el requisito de liquidación del impuesto. 2.° Se ha considerado conveniente plantear simultáneamente el tema de fondo del artículo 1.504 del Código Civil por razones de economía procesal. 3.° Como no se ha solicitado la práctica de anotación preventiva de suspensión, pues no hay problema de mantener la prioridad sin haber liquidado los impuestos, desde el momento en que la prioridad la tiene ya el interesado por el mero hecho de constar previamente inscrito el pacto resolutorio de la primitiva escritura de compraventa. II. En lo referente al segundo defecto de la nota de calificación hay que destacar: Que en Derecho en general y en Derecho Hipotecario no cabe mezclar o confundir figuras e instituciones jurídicas que, aun conviniendo en un mismo documento, son totalmente diferentes en cuanto a su naturaleza, caracteres y efectos, y que tal confusión puede llevar a la aplicación de preceptos legales pensados para una institución jurídica y no para otra. Esto es lo que ocurre en el presente caso, que en el escrito del recurrente se mezcla el pacto de comiso del artículo 1.504 del Código Civil con la cláusula penal y no se distingue adecuadamente entre el pago del precio aplazado, garantizando en el pacto de comiso, y la obligación de indemnización de daños y perjuicios, de carácter personal, resultante de la cláusula penal, cuyos efectos son totalmente ajenos al pacto de comiso y a la necesidad de consignar. Por todo ello, hay que destacar: 1.° Que la cláusula penal es de «efectos personales», a diferencia del «pacto de comiso» del artículo 1.504 del Código Civil, que es de efectos reales. La cláusula penal está dentro del problema de la indemnización de daños y perjuicios y con el artículo 1.152 se alude a la sustitución de daños y perjuicios, y en la propia escritura se alude al carácter de «pena contractual e indemnización»; en definitiva, es una «obligación de indemnización de daños y perjuicios», previamente fijada por la otra parte, que ha de ser moderada por los Tribunales, por lo que es un derecho personal, que se puede exigir por acción personal. De esto se desprende que no puede tener acceso al Registro, según los artículos 1.°, 2.° y 98 de la Ley Hipotecaria, y 9.°, 51, 6, del Reglamento Hipotecario; y si hubiera tenido acceso al Registro, lo procedente es su cancelación conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria y 353, número 3, de su Reglamento. En cambio, el pacto de comiso es de «efectos reales», pues se trata de una garantía real del pago del precio aplazado que es inscribible en el Registro, así pues, la cláusula penal no puede neutralizar en vía extrajudicial la necesidad de la consignación. 2.° Que las obligaciones derivadas de la cláusula penal no están ni pueden estar garantizadas por el pacto comisorio del artículo 1.504 del Código Civil, que se refiere solamente al impago del precio en el plazo convenido. Que para garantizar de forma real esa obligación de la cláusula penal puede pactarse la constitución de una hipoteca de seguridad, según el artículo 105 de la Ley Hipotecaria y, en caso de no garantizarse con hipoteca, el acreedor puede acudir a la reclamación judicial, hecha la consignación correspondiente y solicitar embargo de los bienes del deudor, siendo, en este caso, la garantía una anotación preventiva de embargo. Que esta es la postura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 29 de abril de 1904, 21 de mayo de 1948, 7 de febrero de 1950 y 7 de julio de 1963. 3.° Que el artículo 1.504 del Código Civil se refiere al impago del precio en el tiempo convenido en sentido objetivo, a diferencia del incumplimiento culpable del artículo 1.124 del propio Código, efectivamente, frente al impago objetivado en el impuesto del citado artículo 1.504, y en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, en la indemnización de daños y

perjuicios se parte necesariamente de la existencia de culpa, mientras que en el pacto de comiso es indiferente, y el Registrador no lo tiene ni lo puede tener en cuenta. Que el pacto comisorio produce efecto total del impago del precio, aunque éste haya sido parcial, en la cláusula penal es básico el incumplimiento parcial, en virtud de lo establecido en el artículo 1.154 del Código Civil; así pues, dicha cláusula tiene que operar a *posteriori*, o por acuerdo entre las partes, o por decisión judicial Que no se puede argumentar a través de los efectos de la cláusula penal para neutralizar el requisito de la consignación artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario. Que en la «cláusula penal variable» se pacta que el vendedor hará suyas la totalidad de las cantidades entregadas, penándose al comprador que más cumple y eximéndose al que no paga ningún plazo. Que el Registrador en la nota de calificación no entra a prejuzgar la validez o procedencia de dicha cláusula ni el problema de liquidación de cantidades, lo que manifiesta es que hay que consignar la reserva de lo que acuerden las partes o, en su defecto, de lo que decidan los Tribunales. Que aunque estuviéramos en el campo del artículo 1.124 del Código Civil habría que distinguir entre acción de resolución o rescisión y la de indemnización de daños y perjuicios, ambas son acciones personales y podrían plantearse simultáneamente ante los Tribunales, pero se trata de acciones diferentes en naturaleza y efectos; en cambio, en el caso del artículo 1.504 de dicho Código, ante la posibilidad de que el impago haya podido ser sin culpa, sería temerario añadir nuevos efectos no previstos en dicho precepto y menos unos efectos como los de la cláusula penal que requieren la prueba de incumplimiento culpable, lo que no cabe en el campo extrajudicial; y es que el supuesto del artículo 1.124 del Código Civil es totalmente diferente a efectos registrales del supuesto del artículo 1.504 del mismo cuerpo legal. 4.° Diferenciación de terminología y efectos entre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil y su repercusión en la cláusula penal. Que para delimitar conceptos, el artículo 1.124 del Código Civil utiliza el término «incumplimiento» en sentido propio, o sea, culpable, imputable al deudor, procediendo la indemnización de daños y perjuicios, siendo, por tanto, eficaz la cláusula penal y no así en los casos de mora, que no es incumplimiento sino demora, salvo en caso de que sea cualificada, y caso fortuito o fuerza mayor cuando hagan imposible la prestación y liberen al deudor. Que el artículo 1.504 del Código Civil habla del «impago del precio en el plazo convenido» cualquiera que sea su causa y sólo cuando los Tribunales deciden que dicho impago es incumplimiento culpable es cuando cabe plantear la eficacia de la cláusula penal, y por no tratarse de incumplimiento es por lo que el Registrador se atiene estrictamente al supuesto del ya citado artículo 1.504 y 59 del Reglamento Hipotecario. 6.° Naturaleza del pacto de comiso del artículo 1.504 del Código Civil y el requisito de la devolución o consignación de las cantidades percibidas; que parte de la doctrina considera que el pacto de comiso es una «condición resolutoria potestativa», y el artículo 11 de la Ley Hipotecaria lo denomina «condición resolutoria explícita», si bien con la diferencia respecto a las condiciones resolutorias normales, no sólo el no ser un suceso ajeno al marco contractual de las obligaciones de las partes, sino porque una vez producido el impago no se produce la resolución «de pleno derecho», ya que se exige un requisito más, que es la notificación fehaciente al comprador del propósito de instar la resolución. Que otra parte de la doctrina entiende que se trata de una condición resolutoria, pero sometida a la condición suspensiva de que el vendedor opte por la resolución. Que, por último, otra posición doctrinal habla de «cláusula resolutoria» que atribuye al vendedor un poder de resolución. Que no obstante lo anterior, la naturaleza del pacto de comiso es la de «condición

resolutoria», ya que a partir de la reforma hipotecaria de 1944/46 la separación entre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, a efectos registrales, es total, como se pone de manifiesto en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento; y así, mientras que en el supuesto del artículo 1.124 cabe hablar de «resolución o rescisión de contrato» y se produce un efecto obligacional de mutua devolución de prestaciones, en cambio, en el caso del artículo 1.504 el efecto es real y se produce «resolución de dominio». Esta diferenciación es reconocida por la doctrina más autorizada. Que tanto en uno como en otro caso siempre es necesario el requisito de la devolución de la otra contraprestación, que es una constante en el Código Civil, en todos los supuestos de nulidad, resolución o rescisión, como resulta de los artículos 1.123 del Código Civil y 175, 6, del Reglamento Hipotecario; y en el caso del artículo 1.504 del Código Civil es más necesario exigir la recíproca devolución de prestaciones, ya que también se resuelve el dominio, que lo readquiere el vendedor, es lógico que por razón de reciprocidad se opere la readquisición de la otra prestación por parte del comprador, debiéndose hacer la consignación, teniendo en cuenta la existencia de terceros y con los requisitos reglamentarios previstos al efecto, siendo este el sentido de la referencia a los «terceros» que se hace en la nota de calificación, ya que su existencia refuerza la necesidad del requisito de la consignación. 7.° La autotutela del artículo 1.504 del Código Civil y su carácter excepcional: Que dicho artículo es un precepto excepcional, siendo uno de los supuestos admitidos de autotutela del vendedor, pero dentro de los límites establecidos por el artículo 59 del Reglamento Hipotecario y de reintegración recíproca del precio; pero dicha autotutela no autoriza extenderla a la cláusula penal que debe reclamarse judicialmente, así, en el considerando 2.° de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de diciembre de 1982, se alude a esta interpretación restrictiva del citado artículo. 8.° Interpretación de la expresión «con las deducciones que, en su caso, procedan» del artículo 175, regla sexta, del Reglamento Hipotecario: Que dicha regla no hace más que confirmar lo que ya resulta de la legislación civil y de la naturaleza y efectos del pacto de comiso, exigiendo la consignación, por tanto, aunque no existiera el artículo citado habría que exigir la devolución o consignación de las cantidades entregadas; ahora bien, la expresión antes citada de dicho precepto hay que interpretarla en el sentido que las deducciones podrían ser las resultantes de un Convenio de liquidación, previamente acordado entre las partes. Convenio que no es requisito necesario; si se produce a su resultado y a las deducciones habrá que estar; si no se produce hay que acudir a los Tribunales. Que, por otro lado, el supuesto del artículo 1.504 del Código Civil cabe plantearlo previamente ante la esfera judicial, a fin de obtener simultáneamente a la resolución la indemnización de daños y perjuicios y el cumplimiento de las obligaciones accesorias, y por lo tanto, las referidas «deducciones» pueden ser las resultantes de una Sentencia firme. Que las deducciones a que hace referencia la regla sexta no pueden ser las que por vía de autotutela realice el acreedor vendedor, sin conformidad de la otra parte y sin acudir a los Tribunales. Que, por último, el Registrador ejerce su calificación dentro del ámbito de la «jurisdicción voluntaria», siendo sus actuaciones registrales de orden público. 9.° Examen de las Relaciones de 3 de junio de 1961 y de 29 de diciembre de 1982, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el problema de la relación entre la cláusula penal y el Registro. Que la Resolución de 29 de diciembre de 1982 se ocupa de un caso idéntico al planteado en el presente recurso, en lo que se refiere al problema de la cláusula penal, siendo su considerando tercero terminante en dicho aspecto. Que en lo que se

refiere a la Resolución de 3 de junio de 1961, en sus considerandos cuarto y quinto, las declaraciones que se refieren a la cláusula penal son de *obiter dicta*, que no tienen valor a efectos de doctrina, sencillamente porque en el caso planteado no se pactó ninguna cláusula penal y, por tanto, no se puede sentar doctrina sobre dicha cláusula respecto a un caso en que no se había pactado la misma: y tampoco cabe el argumento a *sensu contrario*, pues nada más contrario a la jurisprudencia que llevar la doctrina de la resolución a un caso distinto al debatido. III. En cuanto al tercer defecto señalado en la nota de calificación: Que no hay que confundir el poder para interponer el recurso gubernativo con la representación para instar la resolución del dominio a través de la notificación notarial y para instar la reinscripción en el Registro de la Propiedad que es materia de calificación registral, y al ser aportados los poderes posteriormente, el Registrador no pudo calificar si son o no suficientes o si está o no subsistente dicho poder. Por tanto, el defecto no puede darse por subsanado en el trámite del recurso gubernativo, siendo reiterada en este sentido la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, partiendo del artículo 117 del Reglamento Hipotecario, así pues las Resoluciones de 3 de abril de 1935, 22 de junio de 1953, 22 de mayo y 14 de julio de 1965, 17 de abril de 1970, 15 de julio de 1971, 31 de marzo de 1979 y 29 de septiembre y 11 de octubre de 1983. IV. Respecto al cuarto defecto señalado en la nota de calificación: Que la instancia de fecha 11 de julio de 1985, presentada junto con la notificación de resolución y con el título del vendedor, tiene cierto contenido, y por ello necesita la legitimación notarial de la firma del solicitante; en efecto, se trata de una instancia en la que se solicita «la nueva inscripción» de las fincas a nombre del vendedor y se hacen unas observaciones sobre la consignación, y por tanto se considera necesario que la persona que hace dichas declaraciones esté plenamente identificada. El Registrador tenía la opción de tener como «no visto» el documento, partiendo de la idea que tal instancia no es requisito necesario, pero dada la especialidad del título configurado por el artículo 59 del Reglamento Hipotecario se ha considerado necesario que se cumpla el principio de rogación de modo claro a través de la instancia y no por mera manifestación verbal, ya que el presentante lo ha aportado con los demás documentos, pero de reunir los requisitos de autenticidad de firma necesarios, pues en otro caso sería un documento «inexistente» a efectos del Registro de la Propiedad.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la nota del Registrador en cuanto a los dos primeros defectos subsanables, revocándola en lo referente al tercer y cuarto defecto de la misma nota, fundándose en cuanto al defecto tercero, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo, 8 de abril y 27 de octubre de 1982; 5 de mayo de 1983, y 3 de diciembre de 1984, y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1953 y 16 de mayo de 1968; y respecto al defecto cuarto en que no ha podido encontrarse precepto alguno que impusiera la legalización de la firma del solicitante en la instancia y en el artículo 1.710 del Código Civil, corroborado por las Sentencias, entre otras, de 15 de noviembre de 1977 y 21 de octubre de 1982, y en todo caso sería aplicable lo previsto en el Código Civil, en los artículos 1.888 y siguientes.

VI. El señor Registrador apeló el auto presidencial por lo que se refiere a los defectos tercero y cuarto de la nota de calificación, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió:

A) En lo concerniente al tercer defecto que la escritura de poder no se aportó al Registro ni en el momento de la presentación del documento inscribible, ni en el momento de la nota de calificación, ni tampoco actualmente, y es un hecho certificado por el Registrador que no ha sido ni puede darse por subsanado el defecto. Que el auto presidencial parece que en el considerando cuarto resuelve un recurso gubernativo como si se tratase de resolver un recurso de queja. Que en lo que concierne a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1982 hay que considerar que la presentación del poder en el Registro es un presupuesto básico de la actuación registral. Que hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 9.°, números 3 y 14 de la Constitución Española, ya que «la tutela efectiva de todos los derechos» hay que contemplarla como «tutela efectiva de todos los derechos» y cualquier omisión de requisitos que se considere subsanada repercute sobre el derecho de otras personas que merecen ser tuteladas, sobre todo en el procedimiento registral que es un acto de jurisdicción voluntaria, cuyos efectos son más extensos y pueden producir perjuicios irreparables para los terceros. Que la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1953 y 16 de marzo de 1968 no se puede aplicar al caso, ya que se refieren a impuestos totalmente diferentes. Que parece que se confunde el procedimiento judicial con el registral de jurisdicción voluntaria, siendo todo en este último economía procesal. Que de seguir la posición del auto presidencial en este punto se producirían las siguientes infracciones de preceptos y principios, aparte del artículo 117 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones citadas en el informe de defensa hay que añadir: la Resolución de 16 de diciembre de 1986, que se refiere a un caso igual al planteado en este recurso; el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el principio de rogación.

B) En cuanto al defecto cuarto de la nota: Que el mandato verbal y la gestión de negocios ajenos sin mandato son inconciliables con el Registro de la Propiedad, pues su aplicación daría lugar a la derogación de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su aplicación, que se basan en la necesidad de documento público y de mandato expreso. Que existen preceptos legales que apoyan la necesidad de legitimación o ratificación de la firma: Los artículos 177, 166, 11 ª, y 433 del Reglamento Hipotecario. Que la petición o solicitud expresa de inscripción es un requisito exigido por la Ley cuando el título se refiere a un supuesto especial, que en opinión del legislador no queda perfectamente definido *per se* en cuanto a su eficacia real, como sucede en las anotaciones preventivas no resultantes de mandamiento judicial en el derecho de opción del artículo 14 del Reglamento Hipotecario; en el derecho de arrendamiento en el supuesto del artículo 2, número 5, de la Ley Hipotecaria; en la modificación de entidades hipotecarias según el artículo 50 del Reglamento Hipotecario; en el supuesto del artículo 82, párrafo 1.°, de la Ley Hipotecaria y en los supuestos del artículo 59 y 117 del Reglamento Hipotecario; y en el caso del presente recurso es importante la petición expresa de reinscripción, ya que considerar como título inscribible sin más a un acta de notificación y resoluciones es excesivo en un caso en que se produce la extinción de una inscripción y una reinscripción.

VII. Don Francisco Cabezas Martínez, en nombre de «Naveta, Sociedad Anónima», asimismo, apeló el auto presidencial en lo referente al defecto segundo de la nota de calificación, reiterando las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del presente recurso.

Fundamentos de Derecho.— Vistos los artículos 1.504 del Código Civil; 3 y 11 de la Ley Hipotecaria; 59, 117, 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982 y 15 de diciembre de 1986

1. Al no haberse apelado el auto presidencial en cuanto confirma el defecto primero de la nota de calificación, queda circunscrito este recurso al examen de los defectos segundo, tercero y cuarto señalados por el Registrador.

2. El defecto segundo de la nota del Registrador plantea la cuestión de si en la venta de bienes inmuebles con condición resolutoria a que se refiere el artículo 57 del Reglamento Hipotecario, en aplicación del artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 1.504 del Código Civil, es necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor, llegado el caso de falta de pago a que dicho artículo se refiere, acreditar que se ha realizado la consignación que establece la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, habiéndose pactado en la escritura de compraventa una cláusula penal en virtud de la cual el vendedor retendría cuantas cantidades hubiere recibido a cuenta del total precio aplazado

3. Como ya señaló la Resolución de 29 de diciembre de 1982, ante lo establecido en los artículos 59 y 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario, y para que se pueda proceder a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, habrá de tenerse en cuenta por el Registrador no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades que el artículo 59 señala, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada y, en concreto, la de consignar, de acuerdo con el artículo 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario, el valor del bien vendido o el importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal.

4. En cuanto al tercer defecto de la nota, no acreditarse la representación de la entidad vendedora instante de la resolución, debe tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Que no puede ser objeto de este recurso por cuanto la alegación del recurrente en el sentido de que aquél ha sido subsanado por el propio escrito de interposición del recurso al que se acompaña la correspondiente escritura especial de poderes, implica de modo indubitado su conformidad con el criterio del Registrador calificante.

b) Que ciertamente la posterior aportación de poder suficiente ha de posibilitar la práctica del asiento solicitado haciendo innecesario el recurso entablado en cuanto al defecto que ahora se examina y sin que por ello quede en entredicho sino confirmado el criterio del Registrador calificante, pero lo que no cabe es decidir en el presente expediente la efectiva suficiencia de ese poder, pues es doctrina reiterada de este Centro, basada en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, que sólo pueden ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en documentos no presentados en tiempo y forma. Dicha suficiencia ha de ser apreciada por el Registrador en un nuevo acto de calificación y sólo cuando su resultado fuere negativo y previa la correspondiente impugnación podría decidirse gubernativamente sobre ese extremo.

5. El defecto cuarto de la nota consiste en no constar legitimada notarialmente la firma del solicitante en la instancia en la que se pide la cancelación de la inscripción a favor del comprador y la nueva inscripción y nombre del vendedor.

6. Es evidente que la instancia cuestionada no constituye uno de los presupuestos sustantivos necesarios para que se opere la mutación jurídica real que el cumplimiento de la condición resolutoria explícita lleva consigo. Por otra parte, los artículos 59 y 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario, en concordancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, al fijar la documentación adecuada para justificar registralmente la veracidad de aquella mutación y posibilitar su constatación tabular, no incluyen instancia alguna de modo que ésta tampoco puede ser considerada como elemento integrante del título inscribible entendido en sentido formal o documental.

7. Debe tenerse en cuenta que es regla general en nuestro sistema la de petición tácita de inscripción por simple presentación de la documentación correspondiente y que tal petición no ha de especificar los concretos asientos que hayan de extenderse, sino que basta la genérica demanda de registración para que el Registrador deba practicar todos aquellos de que sea susceptible la titulación presentada, evitando así que el desconocimiento de la mecánica interna del Registro de la Propiedad se convierta en restricción injustificada del derecho a la inscripción y favoreciendo, igualmente, la exigencia de exactitud e integridad del Registro; tampoco es estimable la pretendida aplicación analógica de normas como los artículos 2, 5.°, y 82, 3.°, de la Ley Hipotecaria, y 14, 166, 11.ª, 177 y 433 del Reglamento Hipotecario, por falta de semejanza entre el supuesto en cuestión y los supuestos de los preceptos contemplados.

Siendo innecesaria, por tanto, la instancia examinada, no procede analizar sobre la exigencia de legitimación de su firma.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado:

1.° Revocar parcialmente el auto apelado y mantener el defecto tercero de la nota del Registrador, pero sólo en cuanto a la actuación en el acta notarial

2.° Confirmar, por lo demás, el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES DE 16 Y 17 DE SEPTIEMBRE DE 1987 Y DE 19 DE ENERO DE 1988

Dijo MENÉNDEZ PELAYO de *La vida es sueño* que era obra de tal importancia, que casi aterraba hablar de ella. Lo mismo puede decirse, salvadas las distancias, de la condición resolutoria, y por las mismas razones: la magnitud de la cuestión, lo muy trillada que está, la escasez de las propias fuerzas y las muchas y muy autorizadas opiniones que figuras de gran talla han prodigado sobre ella.

Algo parecido debió de pensar TIRSO CARRETERO (1), cuando en su Comentario a la Resolución de 17 de noviembre de 1978 afirmaba que «el tema de la *lex comissoria* ha sido oscurecido por un exceso de opiniones doctrinales que le han contemplado desde mil aspectos y que resultaba imposible presentar un cuadro sintético de los muy diversos planteamientos y soluciones doctrinales. Diez años después de escritas estas palabras, la condición resolutoria sigue siendo una de las estrellas de los estudios jurídicos, y al tiempo que se publicaban artículos,

(1) CARRETERO, TIRSO: «Comentario a la Resolución de 17 de noviembre de 1978», *RCDI* núm. 540 (septiembre-octubre 1980). Publicado también en *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, libro editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores en 1987

trabajos y comentarios sobre ella, la jurisprudencia seguía completando, interpretando y modificando su regulación legal. La bibliografía es ya de tal monta que desalienta un poco pensar que todo lo que pueda decirse está ya dicho —seguramente mejor—, argumentado y rebatido en alguna otra parte. Pero, requerido por los responsables de la *Revista Crítica* para comentar tres Resoluciones de la Dirección General relativas a la condición resolutoria, intentaré que estas páginas, por lo menos, no añadan más confusión a la confusión misma.

Aun a riesgo de alargar un poco este comentario creo que es bastante clarificador ver lo que era la condición resolutoria (o desde un punto de vista más amplio, los efectos del aplazamiento del pago del precio) antes de la reforma de 1944 y 1946, qué quiso hacerse de ella en aquella ocasión y con qué resultados. Para ello seguiré la exposición de GIMÉNEZ-ARNÁU en su *Tratado de legislación hipotecaria* (2), publicado en 1941 y no continuado después de la reforma legal.

«En nuestro sistema el derecho real se presenta como apoyado constantemente en el título de donde se originó. Los vicios del título afectan a la inscripción y cualquier limitación o reserva de las facultades de adquirente trasciende de la relación inter partes que es el contrato, y puede obligar a los que no intervinieron en el contrato». Como la expresión del aplazamiento del pago en los libros registrales es de obligada constancia, «hecho constar el aplazamiento, la condición resolutoria tácita (art. 1.124 del Código Civil) que a él va aneja es innegable que constituirá una limitación —a lo menos potencial o en amenaza— del dominio del vendedor o de cualquier causahabiente de este vendedor. Todo sucesivo adquirente podrá ser perjudicado por el ejercicio de la acción resolutoria». Si la Ley Hipotecaria no lo hubiese querido así no hubiera exigido la constancia en la inscripción de haber quedado aplazado el pago (aplazamiento que entre las partes surtiría sus efectos aun sin quedar constatado en el Registro), y tampoco hubiese dicho en su artículo 31, 1.°, como excepción al 36, que «producirán efecto contra tercero las acciones resolutorias que deban su origen a causas que consten expresamente en el Registro».

¿Merecía este sistema un juicio favorable o adverso? La pregunta, a mi entender, está mal planteada. Este sistema era el obligado, es decir, el que se desprendía de la forma en que nuestro Derecho Inmobiliario está construido y que parte de la aceptación de la teoría del título y el modo. Ello supone, como dice el mismo autor (3), *a)* que la inscripción debe expresar la causa de la adquisición, causa que repercute sobre los efectos del asiento, y *b)* que la inscripción es un reflejo del título, de suerte que los derechos reales no llegan al Registro con una configuración típica, sino que al amparo de la libertad contractual y del principio del *numerus apertus* el asiento consigna cláusulas, condiciones, cargas y limitaciones que modifican la extensión y los límites normales de los derechos reales típicos.

Por esta razón, el artículo 51, 6.°, del Reglamento Hipotecario exige que en la inscripción se haga constar «todo lo que determine la extensión y condiciones del derecho inscrito», y también por esto los derechos que constan en los asientos registrales no son, ni tienen por qué ser, unos iguales a otros. Esto, que no sé si puede ser una servidumbre, es desde luego una de las grandezas de nuestro sistema registral, que requiere una detenida calificación o examen del título en

(2) GIMÉNEZ-ARNÁU Y GRAN, ENRIQUE. *Tratados de Legislación Hipotecaria*, Ediciones Españolas, Madrid, 1941.

(3) GIMÉNEZ-ARNÁU Y GRAN, ENRIQUE. *Las menciones y la buena fe*, Colegio Notarial de Valencia, conferencia pronunciada el 29 de abril de 1950.

que se crea el derecho por parte de persona cualificada para ello. Si los derechos inscribibles respondiesen a unos tipos prefijados y estereotipados, es decir, si desapareciese el principio del *numerus apertus*, trasunto hipotecario del esencialísimo principio civil de autonomía de la voluntad, se habría dado un paso importante para la desaparición de la calificación registral. Y, por otra parte, si se tiene presente la normal disparidad entre los derechos reales inscritos en el Registro, se comprenderá mejor que no es posible informar el contenido del Registro sin consultar los libros ni desde dentro, ni menos aún desde fuera (desde lo que ahora se denominan «otras instancias»), por mucho que se invoquen los avances de la informática y los adelantos en las comunicaciones.

ROCA SASTRE (4), uno de los inspiradores confesos de la reforma de la legislación hipotecaria, no es que considerara malo el sistema, es que lo encontraba detestable. «Absurdo, perturbador, criticable», son algunos de los adjetivos con que lo calificaba. Estas causas que, constando explícitamente en el Registro, pueden dar lugar a acciones de nulidad, rescisión y revocación eran para él «auténticas escorias registrales que ensombrecen la nitidez de los asientos, sembrando la confusión en los libros y que pueden constituir verdaderas trampas para incautos, obligando a hacer un examen profundo del contenido de las inscripciones no sólo a los terceros, sino también al Registrador, que debe certificar sobre las cargas registradas». Aunque sigo sin ver nada criticable en el hecho de que el Registrador tenga que hacer un examen minucioso de las cargas antes de certificar, no me cabe duda, después de leer esto, que ROCA añoraba el sistema del *numerus clausus*, de los derechos reales típicos y hasta el encasillado. Lo prueban también estas otras palabras suyas: «Mientras se registren los actos inscribibles con toda la caterva de pactos, reservas, condicionamientos y restricciones, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 9 de la Ley y en el 51 del Reglamento, no se logrará una reforma eficaz de nuestro sistema en este aspecto.

Ante la imposibilidad de llevar a cabo la anhelada reforma, que suponía una alteración de los principios básicos del sistema, ROCA hubo de conformarse con que se elevara al rango de artículo 11 de la Ley Hipotecaria una idea suya: que la publicidad registral del aplazamiento de pago no produjera efectos contra terceros de no garantizarse con hipoteca o con condición resolutoria. En 1948, ROCA estampaba en su «Derecho Hipotecario», estas palabras: «Quizás se considera algo forzado esto, pero las necesidades prácticas lo exigen, el legislador muchas veces tiene que dar de lado a ciertas construcciones científicas, pues debe moverse en ocasiones por razones empíricas». En la época de la sexta edición, en cambio, el entusiasmo de ROCA por la reforma legal había decrecido y, significativamente, desaparecieron aquellas palabras justificativas, que fueron sustituidas por estas otras: «los reformadores de 1944 estuvieron acertados al hacer lo que hicieron, pero no supieron adoptar el procedimiento o medio adecuado para llegar a tal resultado»

No todos los autores coincidían, sin embargo, en la apreciación de los efectos de la expresión registral del aplazamiento del pago. ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (5) y JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO negaban efectos frente a tercero a dicha constatación y lo hacían con argumentos muy atendibles, pero que no es posible reproducir aquí para no alargar más estos extensos prolegómenos. Están expuestos, respec-

---

(4) ROCA SASTRE, RAMÓN MARIA: *Derecho Hipotecario*, varias ediciones, ed. Bosch
(5) SANZ FERNÁNDEZ, ANGEL: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Reus, 1955.

tivamente, en las «Instituciones de Derecho Hipotecario» del primero y en la conferencia que sobre la adjudicación para el pago de deudas (6) pronunció el segundo en la Academia Matritense del Notariado. Lo que importa retener es que tras la reforma de 1944 quedó claro que la expresión registral del aplazamiento del pago no surtiría efectos contra tercero de no garantizarse con hipoteca o con condición resolutoria explícita. Para ROCA SASTRE era el resultado de una reforma no muy ortodoxa, pero necesaria. Para SANZ y GONZÁLEZ PALOMINO era el reconocimiento de una situación que, aunque malinterpretada por la jurisprudencia y por la doctrina, no había sufrido alteración alguna.

El entusiasmo suscitado por la reforma no fue unánime. GIMÉNEZ-ARNÁU (7) la criticó «con cierto apasionamiento», y pronosticó que el primer —y acaso único— beneficiado por ella sería el Fisco, que traduciría a un lenguaje fácilmente comprensible a todos la difícil asimilación de la condición resolutoria a la hipoteca, como en efecto sucedió. Pero la postura más extendida era la optimista, la de quienes, como LA RICA (8), se felicitaban de la desaparición de una causa clandestina de resolución y anunciaban los contundentes efectos de la condición resolutoria expresa, «tan enérgica, tan fulminante, que se produce en el Registro de modo automático, sin necesidad de intervención judicial».

Estas fueron las causas y las intenciones de la reforma de 1944, que tuvo su corolario en el Reglamento de 1947, tan favorablemente comentado por LA RICA. Pasados treinta años nada original puede decirse de la condición resolutoria explícita, destinada a ser, en el ánimo de los legisladores, cabeza visible de las causas de resolución de las compraventas inscritas y eficaz garante de los derechos del vendedor. Por citar dos opiniones recientes, recordaré la de MÍQUEL (9) («no añade un ápice de efectividad a la facultad resolutoria derivada de los artículos 1.124 y 1 504»), y la de LUIS SELVA (10), que ha ridiculizado la situación actual de la condición resolutoria con singular acierto: «una condición que no es condición, una jurisprudencia que modifica la Ley, un requerimiento que no es requerimiento y una resolución que no puede aplicarse si el comprador no quiere».

Como imagino al lector al corriente de los requisitos que la jurisprudencia ha impuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria, me ceñiré a las tres resoluciones que me han sido encomendadas y que marcan otras tantas etapas en la historia de la decadencia y caída de la condición resolutoria. Estas Resoluciones pueden clasificarse así:

1. Cláusula resolutoria no inscrita. Requisitos para su inscripción. Resolución de 16 de septiembre de 1987.

---

(6) GONZÁLEZ PALOMINO, JOSÉ. «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945; también en *Estudios jurídicos de arte menor*, Universidad de Navarra, 1964

(7) GIMÉNEZ-ARNÁU Y GRAN, ENRIQUE. *Las condiciones y el Registro de la Propiedad*, conferencia pronunciada el 5 de marzo de 1951 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores.

(8) LA RICA Y ARENAL, RAMÓN MARÍA: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1949.

(9) MÍQUEL CALATAYUD, JOSÉ ANTONIO. *Consideraciones sobre la presunta condición resolutoria diseñada por los artículos 1 504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria*. Ciclo de conferencias del centenario de la Ley de Bases del Código Civil, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores, 1989.

(10) SELVA SÁNCHEZ, LUIS M.: «La cláusula resolutoria en la venta de inmuebles», *Boletín del Colegio* núm. 249, octubre 1988

2. Cláusula resolutoria inscrita y ejercicio de la resolución no existiendo terceros. Resolución de 17 de septiembre de 1987.
3. Cláusula resolutoria inscrita y ejercicio de la resolución existiendo terceros. Resolución de 19 de enero de 1988.

La Resolución de 16 de septiembre de 1987 se ocupa en abstracto de una condición o cláusula resolutoria todavía no inscrita en el Registro de la Propiedad. La cláusula, cuya paternidad corresponde al Notario Blanquer Uberos, no aparece transcrita en el resumen de los hechos, pero de la nota del Registrador (el número 12 de Madrid, Jorge Salazar) y de los formularios del propio Notario puede deducirse aproximadamente su redacción. Sería ésta:

«La falta de pago de un vencimiento por precio aplazado otorgará a la parte vendedora la facultad para resolver por su decisión la venta, sin perjuicio de las acciones de reclamación del precio y de resolución.

El requerimiento que conforme al artículo 1.504 del Código Civil se formule reclamará a la parte compradora el pago del vencimiento que hubiese sido impagado de modo total o parcial, incluso de la parte del precio que resultase impagada y rebasase el nominal de la letra pagada a causa de haberse aumentado la repercusión del ITE por aumento del tipo impositivo, concediendo al efecto un plazo de treinta (?) días naturales a partir del siguiente al requerimiento y notificará e intimará la resolución de la venta que se producirá si al vencimiento de dicho plazo de gracia la parte compradora no hubiese pagado lo reclamado.

La parte vendedora podrá retener, como pena, como indemnización por daños y perjuicios y como contraprestación por el uso y disfrute de la finca por la compradora hasta la resolución la totalidad de las cantidades percibidas por causa del precio.

El requerimiento, en unión de copia de este instrumento como título del vendedor, será inscribible sin necesidad de acreditar la restitución a cargo del vendedor, a la que se atribuye carácter obligacional y no real, con trascendencia entre las partes exclusivamente.

El pago del precio podrá acreditarse por el comprador mediante acta notarial de la que resulte que obran en su poder letras identificadas con los mismos datos de las referidas, y que se han entregado al autorizante y que se han inutilizado».

En esquema, la cláusula resolutoria presentaba las siguientes características:

1. Se garantizaba con ella el pago del precio y la repercusión del ITE.
2. Se dispensaba al vendedor de la restitución de las cantidades recibidas.
3. Se admitía la posibilidad de acreditar el pago del precio (y de cancelar la condición resolutoria) mediante la presentación de unas letras identificadas sólo por los datos del librador, librado, importe y fecha del vencimiento.

Por lo que se refiere al primero de estos puntos, la cláusula mejoraba la redacción de aquella otra que dio lugar a la Resolución de 24 de marzo de 1987 sobre imputación del pago de la letra al pago del ITE.

Aun así, el Registrador estimó que la nueva cláusula excedía de lo permitido por el artículo 1.504 del Código Civil —garantizar el pago del precio— y que no debía inscribirse porque podría ocasionar la resolución de la compraventa por impago de cantidades (el desaparecido ITE) distintas del precio. Como además el vendedor se reservaba la facultad de reclamar la cantidad que resultase «impagada» y rebasase el nominal de la letra a consecuencia de haberse aumentado el tipo del ITE, pensó el calificador que la resolución podía verse precipitada por el impago de cantidades indeterminadas y variables.

Notario y recurrente alejaron el carácter indivisible de la obligación o deuda, indivisibilidad debida al común origen de ambas obligaciones —la venta de un mismo bien— y a la concorde voluntad de las partes manifestada en la escritura Ninguno de los implicados —tampoco el Registrador— entró en la cuestión del aumento del tipo del ITE. El recurrente se limitó a explicar la previsión con más detalle, diciendo que si tras la emisión de las letras variaba el tipo del ITE y el importe debido era superior al que constaba en la escritura, el comprador, además de estar obligado a pagar la letra, tenía que pagar también la diferencia entre el importe de la letra y el total resultante. El Notario también repitió con otras palabras lo antes dicho, sin justificarlo: que la obligación de pagar el precio y la de pagar el ITE tenían un origen común, que estaban legalmente vinculadas con carácter indivisible, que constituían por tanto una sola obligación y que, además de todas estas razones económicas y jurídicas, «era lo pactado por las partes en la escritura».

La Dirección General, al negar la mayor e insistir en la existencia de dos obligaciones bien diferenciadas, de la que sólo una es merecedora de los favores del 1.504 del Código Civil, evitó pronunciarse sobre la cuestión del incremento del ITE y de su repercusión al comprador.

El segundo defecto era la dispensa al vendedor de la restitución de las cantidades que, como consecuencia de la resolución, estaba obligado a devolver al comprador. Como este punto se ve con más detalle en las dos Resoluciones que quedan por comentar, prescindiré de ella por el momento para pasar al tercer defecto.

Este consistía en admitir para acreditar el pago del precio y cancelar la condición resolutoria la presentación al Notario de unas letras insuficientemente identificadas a juicio del Registrador. Con motivo de este defecto volvió a producirse un intercambio de opiniones entre los tres implicados.

Las alegaciones del recurrente eran de poco peso, a pesar del énfasis con que se enunciaban. En resumen dijo:

1. Que el que las letras no se hayan creado nada obstaculiza, pues hay un artículo del Código Civil que dice que las cosas futuras pueden ser objeto de contrato. (Afirmación irrelevante.)
2. Que de determinados artículos (1.445 y 1.170 del Código Civil, 10 de la Ley Hipotecaria, 495 y siguientes del Código de Comercio, 56 y 58 del Reglamento Hipotecario y 156 de la Ley Hipotecaria) resulta la posibilidad de que el documento notarial que acredite que obran en poder del comprador las letras de cambio entregadas al vendedor como instrumento del pago e identificadas en el momento del otorgamiento de la escritura sea título bastante para hacer constar el pago de las letras y por tanto el del precio de la compraventa. (Argumento imaginario: de los referidos artículos no resulta nada de lo dicho. En primer lugar, como las letras no estaban identificadas suficientemente en el momento del otorgamiento, no había manera de que de su posesión se dedujera el pago. En segundo lugar, para apoyar una afirmación tan rotunda hay que hacer algo más que ensartar unos cuantos artículos más o menos relacionados con las cambiales y afirmar muy solemnemente que «de ellos resulta» la teoría patrocinada.)
3. Que el artículo 82 de la Ley Hipotecaria permite cancelar una inscripción cuando del título resulta la extinción del derecho inscrito. (Argumento tan falaz e imaginario como el precedente: todos sabemos lo que dice el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Lo difícil es que sirva para demostrar que con unas letras no

emitidas en el momento de otorgarse la escritura de venta pueda acreditarse la extinción del derecho nacido a favor del vendedor.)

4. Que el Registrador no puede calificar imaginándose los riesgos que para comprador y vendedor pueden seguirse de la posibilidad de que ambos suscriban entre sí, duplicadamente, letras iguales a las representativas del precio. Este argumento es incongruente, puesto que el Registrador no se imagina unos riesgos, ni basa en ellos su calificación; sino que, al encontrar las letras insuficientemente identificadas, estima que su posesión por el comprador no implica necesariamente que el pago ha tenido lugar.

5. Y que las cosas futuras pueden ser objeto del contrato. (Repetición de un argumento irrelevante.)

De mucho más calibre era el argumento que adujo Blanquer. Recordó que la cláusula no dejaba en el aire la comprobación de la identidad entre los datos consignados en la escritura y los correspondientes de las letras de cambio, sino que atribuía al Notario dicha comprobación; y que, en definitiva, el documento autorizado por el Notario es un documento público y auténtico. Juzgue el lector si lo primero implica o no atribución al Notario de las facultades calificatorias propias del Registrador y si la segunda aseveración se recuerda a la discutida teoría de la legitimación notarial.

El Registrador dijo que para cancelar la condición resolutoria había que acreditar el hecho del pago y que la exhibición de las letras sólo podía admitirse como sustitutivo del mismo cuando dicho pago se dedujese de ellas, por ser las mismas que el comprador entregó al vendedor. Sus argumentos, convincentes y bien expuestos, nada ganan con ser resumidos, por lo que remito al lector a ellos.

Registrador y Notario (del recurrente no hablo, pues, como antes se ha visto, en este concierto tocaba de oído) se movían en el ámbito de la cancelación causal, en el que poco tenían que hacer unas letras tan parcamente identificadas. A ello les obligaba el tenor literal de la cláusula (el pago del precio podrá acreditarse), que no daba pie a discutir la admisibilidad de la cancelación por consentimiento anticipado, a la que, la verdad sea dicha, no parece de momento muy favorable la Dirección General. Pero no puede olvidarse que el consentimiento cancelatorio anticipado por caducidad, que el Centro Directivo rechazó en 1974, fue admitido cuatro años después gracias al tesón de Roberto Blanquer, Notario autorizante de la escritura que motivó este recurso; y que a favor de la posibilidad de cancelar la condición resolutoria por exhibición de unas letras que no tienen por qué ser las mismas que las representativas del precio, siempre que el vendedor lo haya consentido por adelantado, se han pronunciado IGNACIO DEL RÍO y ANTONIO OLIVA (11). La cláusula defendida por este útlimo es aquella en la que el vendedor presta su consentimiento anticipado para que se cancele la condición resolutoria por el deudor o sus causahabientes mediante acta de notoriedad, siendo prueba suficiente la exhibición al Notario de unas letras identificadas por los datos del librador, el aceptante, la cuantía y el vencimiento.

Esta postura de IGNACIO DEL RÍO y de ANTONIO OLIVA me parece enteramente convincente y coherente con el criterio adoptado por la Resolución de 27 de noviembre de 1978 y con la de 7 de diciembre del mismo año, relativa esta última a la inscripción de adquisiciones por ejercicio unilateral de la opción; y no creo que el pactar y admitir cláusulas de este género pueda considerarse vejato-

(11) DEL RÍO Y GARCÍA SOLA, IGNACIO. «Comentario a la Resolución de 24 de marzo de 1987», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 583

rio, lesivo de normas imperativas y predeterminante de la conducta del Registrador.

La Dirección General, al pronunciarse sobre este punto, ha insistido en el carácter causal de la cancelación y no ha hecho nada por sacarnos del limbo de las ocasiones perdidas en que nos había dejado sumidos la curiosa Resolución de 3 de diciembre de 1986, que presenta un interesante caso de cláusula cancelatoria anticipadamente consentida e inscrita en el Registro. Brevemente, el caso es el siguiente.

Se inscribió en el Registro una cláusula resolutoria que decía así: «...la condición resolutoria podrá ser cancelada mediante acta notarial que acredite obrar en poder de la parte compradora y quedar inutilizadas las letras de cambio retenidas, a lo que presta su consentimiento formal el vendedor». Se presentó en el Registro el correspondiente instrumento por el que se acreditaba que las letras obraban en poder del comprador y quedaban inutilizadas, y en el que se solicitaba que se cancelase la condición resolutoria. El Registrador denegó la cancelación por no estar las letras suficientemente identificadas. Y el Notario autorizante, el mismo Blanquer Uberos, dijo con mucha razón que el consentimiento figuraba prestado en la escritura de compraventa e inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que el Registrador debía haber consultado el contenido del Registro y obrado en consecuencia con lo que allí aparecía; o haber expresado su parecer contrario a la cláusula en nota de calificación en la escritura en que constaba cuando se pretendió su inscripción.

Lo sorprendente es que la Dirección invocase entonces la sustracción a la autonomía privada de la organización y funcionamiento del Registro, y no aplicase a la defendible causa del consentimiento cancelatorio anticipado su dilectísima, y para mí discutible, tesis de la absoluta prevalencia de los asientos del Registro, con independencia de la validez e invalidez de su contenido. Véanse, en relación con esto, las Resoluciones de 8 de mayo de 1987 y la de 5 de febrero de 1988. En esta última, a la vista de una «prohibición de embargar», extrañamente consignada en el Registro, dijo que «cualquiera que fuera la solución al problema sustantivo aludido en el fundamento anterior habría de llegarse igualmente a la desestimación del recurso. la cláusula debatida se halla inscrita, y por tanto en el Registro figura un obstáculo a la correspondiente anotación». La incoherencia entre el considerando 4.° de esta Resolución y la doctrina que emana de la Resolución de 3 de diciembre de 1986 (en la que no se toca ni de lejos la posible eficacia de la cláusula cancelatoria inscrita, y en la que, en elocuente paréntesis, la Dirección General deja caer que «la causa de la cancelación deberá reflejarse en el asiento correspondiente») es, por evidente, doblemente inexplicable.

En las otras dos Resoluciones se estudian dos de los requisitos necesarios para reinscribir a favor del vendedor, una vez ejercitada la facultad resolutoria.

Estos dos requisitos son:

1.° Que el vendedor haya consignado las cantidades recibidas del comprador (art. 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario).

2.° Que se acredite haber puesto a disposición del comprador la letra o letras pendientes de pago.

A este segundo requisito se refiere la Resolución de 17 de septiembre de 1978 y me detendré poco en él por presentar mayor interés el primero.

La puesta a disposición del comprador de la letra o letras pendientes de pago fue exigida ya por la Resolución de 29 de diciembre de 1982, que aplicó a la

condición resolutoria una doctrina sentada a propósito de la hipoteca cambiaria y que tiene por finalidad evitar que el comprador, además de ver resuelto su contrato y, eventualmente, perdidas las cantidades entregadas por él al vendedor, pueda verse requerido de pago mediante la presentación de alguna de las letras que hayan quedado en poder de éste.

El primer y más importante requisito es el de la consignación. Como en él se entremezclan la restitución de las cantidades con la posible existencia de una cláusula penal creo que será conveniente recordar la distinción entre dos figuras: la cláusula resolutoria y el pacto comisorio. Esta distinción ha sido trazada con notable claridad por DOMINGO IRURZUN GOICOA (13).

La cláusula resolutoria es aquella por la cual se estipula que, en caso de que una determinada obligación no sea cumplida en el tiempo y modo establecidos podrá el acreedor insatisfecho ejercer un poder privado de resolución que se hace efectivo por medio de una delcaración unilateral recepticia.

El pacto comisorio es aquel por el cual se crea a favor de una de las partes de una relación jurídica contractual la facultad de incautarse o apropiarse de una cosa como garantía del cumplimiento de determinadas obligaciones que incumben a la otra parte o a otra persona.

La confusión entre ambas figuras puede provenir del hecho de que, en algunos contratos (como la compraventa) puede pactarse que el incumplimiento determine la facultad de resolver el contrato y, además, que las cosas entregadas en ejecución parcial del contrato por la parte que lo incumplió queden en poder de la que instó la resolución, quien las hace definitivamente suyas.

De esta distinción deduce IRURZUN las siguientes consecuencias:

a) Cuando en una compraventa inscrita sometida a condición resolutoria se ha pactado el comiso (es decir, la apropiación del precio), es necesario para reinscribir a favor del vendedor que se presente la notificación de quedar resuelta la venta, el título del vendedor y la justificación de haberse consignado en establecimiento bancario o en Caja Oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto (art. 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario). Estos mismos documentos deben ser igualmente suficientes para provocar la cancelación de los asientos de transmisión dominical o de constitución de gravámenes que se haya practicado con posterioridad a la inscripción de la cláusula, sin que se requiera el consentimiento del titular ni la declaración judicial.

b) Cuando en una compraventa inscrita bajo condición resolutoria se pacta, además, que las cantidades abonadas a cuenta del precio por el comprador quedarán en poder del vendedor (pacto comisorio), éste no está obligado a justificar la consignación exigida por el artículo 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario, puesto que no hay devolución del precio, «circunstancia ésta que deberá ser tenida en cuenta por los terceros, en especial por quienes pretendan la constitución a su favor de derechos reales de garantía».

Esta postura de IRURZUN es impecable desde el punto de vista civil (desde el hipotecario se le han hecho objeciones muy posteriores a su formulación, que consisten en la atribución a la cláusula penal de efectos meramente personales

---

(12) OLIVA RODRÍGUEZ, ANTONIO: «La condición resolutoria en garantía del pago del precio aplazado Cancelación. Breve apunte», *Boletín del Colegio* núm. 249, octubre 1988.

(13) IRURZUN GOICOA, DOMINGO: «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», *Estudios de Derecho Privado*, Edersa, 1965.

o *inter partes*, y en la consiguiente denegación de su constatación y efectividad registral), y se refleja en los escritos de ROCA SASTRE (14), CAMY (15), ROVIRA JAÉN (16), BADÍA (17), e incluso de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (18), quien, en notas a pie de página de su «Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil», daba por supuesto que las deducciones a que sibilinamente aludía el artículo 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario eran las pactadas como indemnización o cláusula penal.

La Resolución de 3 de junio de 1961 (primera de la que CARRETERO denominó «agotadora serie» que enfrentó a los Notarios de Madrid con el Registrador núm. 2 de dicha capital, REZA ULLOA, recoge también esta doctrina en su tercer considerando, aunque sería inexacto calificarla como exponente de esta tendencia, porque, como luego se verá, va mucho más lejos. En dicho Considerando tercero, la Dirección General, sin que se le preguntara directamente por ello (en el supuesto resuelto no había cláusula penal) dijo que «siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se le hubiesen entregado, surge para las partes la obligación de restituirse lo que hubiesen recibido, y en consecuencia, en la compraventa el comprador deberá restituir la cosa y el vendedor el precio».

Esta idea sigue pesando en el ánimo de muchos, como lo demuestra el Registrador recurrido en la Resolución de 17 de septiembre de 1987, el cual en su informe dijo que «si el vendedor puede retener el 50 por 100 de la parte del precio ya satisfecho, ha de acreditar que ha devuelto o que ha consignado de manera suficiente el resto». Pero ya la Dirección General, en su Resolución de 29 de diciembre de 1982, empezó a propiciar la idea de que la consignación debía ser del total recibido, hubiérase pactado o no cláusula penal; si bien lo dijo de una manera que dejaba muchos interrogantes pendientes. La frase, repetida luego tantas veces que casi se ha convertido en una cláusula de estilo de las Resoluciones relativas a la condición resolutoria es ésta: «Considerando (...) que, para que se pueda proceder por tanto a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, habrá de tenerse en cuenta por el Registrador no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario señala, sino también si se ha realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser *en su caso* la consignación de acuerdo con el artículo 175, 6.°, del Reglamento Hipotecario, del valor del bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones si proceden haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1.154 del Código Civil». Y JOSÉ MANUEL GARCÍA (19), recogiendo una

(14) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA: *Obra citada.*

(15) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, ed. Aranzadi, varias ediciones.

(16) ROVIRA JAÉN, FRANCISCO JAVIER: «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1967

(17) BADÍA SALILLAS, ANGEL: «En torno al artículo 1.504 del Código Civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores, Madrid, 1985.

(18) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, varias ediciones.

(19) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Código legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 1986.

postura de MIQUEL, ha variado de criterio, y en su «Código de Legislación Hipotecaria» dice al pie del artículo 175, 6.°, del Reglamento que «de la consignación no puede deducirse nada por cláusula penal, por ser ésta de efectos personales que impiden su acceso al Registro».

Lo que plantea ahora y lo que no resolvía la Resolución de 29 de diciembre de 1982, que utilizaba un enigmático «en su caso» relativo a la consignación, es si puede haber alguna circunstancia que exima de ella. A solucionar este problema puede contribuir la Resolución de 16 de septiembre de 1987, que contiene una cláusula resolutoria no inscrita con dispensa de la obligación de consignar. Repetiré la redacción, que, a mi juicio, debía tener:

«El requerimiento, en unión de copia de este instrumento como título del vendedor, será inscribible sin necesidad de acreditar la consignación a cargo del vendedor, a la que se atribuye carácter obligacional y no real, con trascendencia entre las partes únicamente.»

La objeción del Registrador es explicable. Y a ella replicó el recurrente con un nuevo argumento contrario a la consignación: que ésta (la consignación) no es un requisito exigido para la reinscripción, sino para la cancelación de los asientos intermedios entre el causado por la venta resuelta y el que publica la resolución.

El recurrente no estuvo muy acertado al atribuir este criterio a la ya mentada Resolución de 3 de junio de 1961, pues si bien dicha Resolución, en su Considerando 4.°, dijo que «para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor (es necesario) que éste presente su título y que se haga constar la notificación notarial o judicial hecha al comprador, y además, para poder cancelar las cargas y gravámenes constituidos por éste, se deberá consignar el importe de los bienes», esta afirmación tiene que ser puesta en relación con la contenida en el Considerando 3.°, que ceñía la consignación a los supuestos en que no había cláusula penal pactada. De todas maneras, la postura del recurrente, que ligaba la consignación a la existencia de terceros adquirentes o titulares de derechos reales inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción de la venta resuelta, existe y tiene bastante arraigo en el campo de los hipotecaristas. La sostuvo CÁNOVAS COUTIÑO (20) en su comentario a la Resolución de 3 de junio de 1961, la insinuó PEDRO AVILA (21) en comentario a otra Resolución de 4 de febrero de 1988 y el que ha defendido sin reparos ha sido LUIS SELVA (22), quien ha dicho que «esta exigencia —la de consignar— debería ceñirse a los supuestos en que existen terceros adquirentes de dominio o de derechos reales» y ha recogido esta opinión de MORELL «Si no hay terceros, consignación sólo en el caso de que el comprador se niegue a recibir la cantidad que le ha de ser devuelta. Si hay terceros, siempre, para protegerlos».

El informe del Notario no es muy preciso en este punto o, por lo menos, no sale muy bien librado en el resumen que de él hace esta Resolución. Citando de manera incompleta una frase de la Resolución de 29 de diciembre de 1982, que parecía así hacer derivar la obligación de consignar de la cláusula pactada, y no de un precepto reglamentario imperativo, defendió que la cláusula podía eximir de esta restitución. Por otra parte, en lo relativo a la atribución a la cláusula de

---

(20) CÁNOVAS COUTIÑO, GINÉS: «Comentario a la Resolución de 3 de junio de 1961», *RCDI*, núms 402-403, 1961

(21) AVILA ALVAREZ, PEDRO: «Comentario a la Resolución de 4 de febrero de 1988», *RCDI*, núm. 587, 1988.

(22) SELVA SÁNCHEZ, LUIS MARÍA: Artículo citado.

efectos meramente personales, el Notario advertía la necesidad de su constatación registral porque ello pudiera afectar a «adquirentes del crédito o subrogados en la obligación», sin reparar en que así convertía al Registro en instrumento de publicidad de los derechos personales o de crédito, con vulneración de los principios esenciales de la institución. Por último, deja que en caso de que apareciesen terceros adquirentes de la finca o de derechos reales sobre la misma, la cláusula sería ineficaz respecto de ellos.

De esta forma, BLANQUER venía a proponer una nueva teoría contraria a la consignación, que se añadía a las antes mencionadas. Según este Notario, pactada cláusula penal y no existiendo terceros, el comprador estaba dispensado de la obligación de consignar. Si, por el contrario, había terceros adquirentes del dominio o de derechos reales, la cláusula era inoperante frente a ellos, por lo que la consignación sería ineludible.

Resultan así las siguientes posturas contrarias a la consignación:

1. Una primera que, por simplificar, he denominado «civilistas» y que mantienen IRURZUN y otros: Si se ha pactado cláusula penal, no hay obligación de consignar o debe sólo consignarse lo que no esté cubierto por ella. Si no se ha pactado cláusula penal, el vendedor debe consignar lo percibido. En ambos casos es indiferente la existencia de terceros.
2. La segunda, que es la que invocaba el recurrente y a la que por su origen vagamente registral llamaré hipotecarista. Considera la consignación no como requisito de la reinscripción, sino como requisito para la cancelación de asientos posteriores al de la venta resuelta. Por tanto, háyase pactado o no cláusula penal, si no hay asientos intermedios de cancelar no hace falta que el vendedor consigne nada. Si hay terceros, la consignación es preceptiva.
3. La tercera, que es la que gratuitamente proclamó la Resolución de 3 de junio de 1961 y que es una aplicación extensiva de las dos precedentes: Si hay cláusula penal, no hace falta consignar. Si no hay cláusula penal, sólo se consignará cuando haya que cancelar asientos posteriores al de la venta resuelta. Es de advertir que la Dirección no pudo aplicar este criterio al caso resuelto, porque en él no había cláusula penal y además existía una hipoteca constituida por el comprador.
4. Y la cuarta, que parece desprenderse del informe de BLANQUER, y que conjuga restrictivamente las dos primeras: Sólo si se ha pactado cláusula penal, y además no hay terceros, podrá dispensarse al vendedor de la consignación.

En esta Resolución de 16 de septiembre de 1987 se sostuvieron dos de los cuatro criterios anti-consignación: el segundo, que invocó el recurrente, y el cuarto, sostenido por el Notario. La Dirección General no entró en el examen detallado de la cuestión, sino que volvió a repetir palabra por palabra lo que ya había dicho en diciembre de 1982, con lo que dejó en el aire la duda de si había casos en los que la consignación no era obligada —lo que insinuaba la frase «en su caso»—, y la de cuándo y cómo podía apreciar el Registrador la posibilidad de una corrección judicial.

La primera de estas dudas ha sido resuelta por la Dirección General en la Resolución de 17 de septiembre de 1987. Se trataba de una cláusula resolutoria con pacto comisorio inscrita en el Registro y en la que en el momento de ejercitarse la facultad resolutoria no había terceros adquirentes. Se daban, por tanto, todas las condiciones necesarias para que no fuera necesaria la consignación, según las teorías antes expuestas, pero con un pequeño inconveniente: la cláusula penal no cubría la totalidad de lo percibido por el vendedor, sino sólo el 50 por

100. De no ser así (y de haberse puesto las letras a disposición del comprador, como antes se vio), el Registrador habría reinscrito sin más dificultades, como lo demuestra el hecho, antes mencionado, de que invocara la tesis «civilista»: si puede retener el 50 por 100 tiene que acreditar que ha consignado el resto. Lo que, trasladado a otro supuesto, hubiera provocado el siguiente razonamiento: si puede retener todo lo recibido no tiene que acreditar que ha consignado nada.

Es de lamentar que el recurrente no invocase la tesis hipotecarista contraria a la consignación y, en cambio, afirmase algo tan chocante como que la regla 6.ª del 175 del Reglamento Hipotecario «sólo es aplicable para el caso de que no haya acuerdo de voluntades». Pero lo más destacable es que el Centro Directivo, además de repetir, como movido por un resorte, el célebre Considerando 3.º de la Resolución de 29 de diciembre de 1982, ha añadido un nuevo párrafo —el primero de la Resolución que ahora me ocupa— que supone un desmentido a la doctrina hipotecarista, al decir rotundamente que «es necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor (...) acreditar que se ha realizado la consignación que establece el artículo 175, regla sexta, del Reglamento Hipotecario». La consignación queda así configurada como un requisito para la reinscripción y no para la cancelación de asientos posteriores a la venta resuelta, con lo que se da la razón a lo defendido, entre otros, por MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS (23), de quien transcribo estas palabras: «Si se ha recibido parte del precio, como la retroadquisición ha de ser mutua, es precisa la consignación de la parte recibida, sin deducción alguna por cláusula penal».

Quedaba, como antes dije, un cabo por atar, que es la posible existencia de una corrección judicial, a la que la Dirección General ha estado haciendo referencia desde 1982, por lo menos, hasta 1987. Este cabo suelto ha desaparecido tras la Resolución de 19 de enero de 1988, última de las tres que comento, por medio de una sutilísima supresión.

Se pactó, en el supuesto resuelto, una cláusula resolutoria con pacto comisorio, que se inscribió en el Registro de la Propiedad (el siete de Barcelona, del que es ahora titular JOSÉ MANUEL GARCÍA). El vendedor ejercitó la facultad resolutoria y el comprador se avino a ello, aunque manifestó que había vendido las fincas a un tercero. El Registrador, en generosa nota, expuso la doctrina que ha ido apareciendo a lo largo de estas páginas: que la consignación debía ser del total, no obstante la existencia de una cláusula penal, de no haber aceptación expresa de los interesados (incluido el tercer adquirente) sobre liquidación de cantidades concretas, o de no haber sido decretada por los Tribunales la moderación de la cláusula penal, conforme al artículo 1.154 del Código Civil.

El recurrente se esforzó en demostrar que ningún precepto de la Ley o del Reglamento exigía un convenio de liquidación entre comprador y vendedor ni una decisión jurisdiccional sobre las cantidades a consignar, y que la existencia de terceros no debía ser obstáculo para la reinscripción, al estar ya dichos terceros advertidos de la existencia de una cláusula resolutoria con pacto comisorio por el Registro. Fuera de estas afirmaciones, y de alguna impertinencia, nada más hay en el informe digno de mención.

---

(23) GARCÍA HERGUEDAS, MARÍA PURIFICACIÓN: *Contrato condicional. Contrato sinalagmático. Pacto rescitorio. Pacto resolutorio. Pacto* ius on sale. *Cláusula penal. Examen de los diferentes supuestos, requisitos y régimen en el Derecho Civil y repercusiones hipotecarias en compraventa y crédito hipotecario.* Ponencia presentada al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores, Madrid, 1988.

Recomiendo, en cambio, la lectura detenida del informe del Registrador, en el que se recogen muchas de las ideas (efectos meramente personales de la cláusula penal y su consiguiente ininscribibilidad, sentido de la exigencia de consignar lo percibido, derivada de la resolución del contrato) que han ido surgiendo a lo largo de este comentario. Sobre todo, es importante una afirmación que hace referencia a la liquidación de cantidades y que es la de que el Registrador, por la naturaleza de su función, no puede juzgar la validez o procedencia de la cláusula penal, por lo que, al conocer del ejercicio de la facultad resolutoria en fase previa a la judicial, tiene que exigir la consignación de todo lo percibido por el vendedor o de lo acordado por las partes. La corrección judicial a la que tantas veces se refirió la Dirección sólo le será conocida cuando la resolución sea ejercitada por la vía de los Tribunales, y en ese caso está claro que se deberá consignar lo que ordene la autoridad judicial.

Resultan así las tantas veces repetida posibilidades sobre la extensión de la consignación:

- Consignación de todo lo percibido.
- Consignación de lo acordado en convenio de liquidación por comprador, vendedor y, si los hay, terceros.
- Consignación de lo ordenado por la autoridad judicial si ésta ha tenido intervención.

Algo parecido a esto reclamó el Registrador de la Propiedad número 35 de Madrid en la nota que dio lugar a la Resolución de 4 de febrero de 1988, cuando invocó la aplicación del artículo 180 del Reglamento Hipotecario, que exige la declaración judicial de que la consignación está bien hecha. En dicha Resolución, la Dirección General, tal vez para resarcirse de su prolongado laconismo, entró en el estudio de la consignación y dio sobre ella todo tipo de explicaciones con gran minuciosidad y casuísmo.

Pero no quiero invadir problemas ajenos al que se nos ha planteado. En la Resolución de 19 de enero de 1988, la Dirección Genral no dijo nada sobre la corrección judicial: se limitó a suprimir la frase que, acerca de ella, había dicho en otras ocasiones. Y guardó toda su ciencia para la Resolución que iba a dictar poco menos de un mes más tarde.

Reconoció así el Centro Directivo que la alusión a la corrección judicial hecha en 1982, y tantas veces repetida después, era improcedente y perturbadora, porque, o bien la Resolución se ejercita extrajudicialmente, en cuyo caso el Registrador no puede apreciar si procederá o no la moderación de la cláusula penal, o si se ejercita por la vía judicial existirá una decisión de la autoridad correspondiente.

Y termino así el comentario a las Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1987 y de 19 de enero de 1988, que suponen un capítulo más en el endurecimiento de las condiciones relativas al ejercicio de la condición resolutoria explícita. No sé si tienen razón los que, como BADÍA, se felicitan de que la facultad resolutoria, de la manera fulminante con que la concibió el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, apenas se haya utilizado; o los que, como MÍQUEL, propugnan una reforma que someta siempre el ejercicio de esta facultad a adveración judicial. Pero, comparada la eficacia actual de la condición resolutoria con la que quiso darle el legislador en la reforma de 1944-1946, se comprenderá que haya quien piense, como el recurrente en la Resolución de 19 de enero de 1988, que la condición resolutoria es un absurdo jurídico que no sirve para nada.

J. T. G. DE LA M.

CANCELACION PARCIAL DE HIPOTECA SOBRE FINCA SEGREGADA: NO PROCEDE SIN CONSENTIMIENTO DE LOS RESTANTES TITULARES DE LAS FINCAS RESULTANTES DE LA MATRIZ. (RESOLUCIÓN DE LA D. G. R. N. DE 12 DE FEBRERO DE 1988).

Objeto.—Cancelación de la hipoteca respecto a una finca resultante de segregación sin previa distribución de la responsabilidad.

Partes.—Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda y Registrador de la Propiedad de Archidona.

Acuerdo.—Desestimar el recurso.

Disposiciones legales examinadas.— Artículos 1.084, 1.085, 1.087, 1.144, 1.145, 1.146, 1.837 y 1.844 del Código Civil; 14 de la Compilación de Galicia; 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, y Resolución de 17 de marzo de 1969.

Doctrina.— No procede la cancelación de hipoteca parcial sobre finca segregada cuando no se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria y no prestan su consentimiento los restantes titulares de fincas resultantes de la matriz sobre la que se constituyó la hipoteca.

Hechos.—Constituida hipoteca en garantía de un préstamo mutuo sobre varias fincas sobre las que se distribuyó la responsabilidad hipotecaria, se procede a la segregación de varias nuevas fincas de una de ellas, sin efectuar una nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria. Por la entidad acreedora se otorga escritura de cancelación parcial de hipoteca, en la que se confiesa recibida determinada cantidad del préstamo y libera de responsabilidad hipotecaria a dos fincas segregadas, «sin perjuicio de la subsistencia de la hipoteca sobre las demás fincas, por la cantidad que queda por satisfacer».

Presentada en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota:

«Suspendida la cancelación parcial solicitada en el precedente documento, porque, de conformidad con los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria, al no haberse convenido voluntariamente, al verificar las segregaciones, la distribución de responsabilidad entre las fincas resultantes, no procede exigir la liberación de ninguna de ellas; todo ello de acuerdo, igualmente, con el principio de indivisibilidad de la hipoteca, sancionado en el artículo 122 de dicho texto legal.—Archidona, 21 de noviembre de 1986.—La Registradora, Pilar Martín Moya.»

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia Territorial de Granada confirmó la nota del Registrador, fundándose en que nuestra legislación hipotecaria se encamina a favorecer el crédito territorial, en los artículos 122, 123 y 124 de la Ley Hipotecaria, 221 del Reglamento y 1.860 del Código Civil y que en virtud de los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento y 1.876 del Código Civil, enlazados con los artículos 122 y siguientes de la Ley Hipotecaria, carecería de consistencia la petición realizada y que al no haberse solicitado la correspondiente nota marginal del artículo 144 de la Ley Hipotecaria es inadecuado extenderla en este caso concreto de oficio, por lo que la ausencia de las partes interesadas hace ortodoxa la calificación del Registrador.

Fundamentos de Derecho.— Vistos los artículos 1.084, 1.085, 1.087, 1.144, 1.145, 1.146, 1.837 y 1.844 del Código Civil; 14 de la Compilación de Galicia; 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de 17 de marzo de 1969.

1. La cuestión de decidir se plantea en relación con una hipoteca que grava, por determinada cantidad, una concreta finca que, después, es objeto de diversas segregaciones, sin distribución de la responsabilidad hipotecaria. ¿Puede el acreedor hipotecario, por sí solo, al cobrar una parte de la cantidad garantizada por la

finca de procedencia, liberar de la hipoteca a algunas de las fincas resultantes de las sucesivas segregaciones?

2. Conviene, para resolver esta cuestión, precisar cuál es la situación de la hipoteca cuando, como en el supuesto, la finca se divide en varias, sin distribuir entre ellas el crédito hipotecario. Resulta entonces que un mismo gravamen hipotecario afecta a las diversas fincas resultantes de tal modo que el acreedor hipotecario puede, a su elección, exigir «la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez» (cfr. art. 123 de la Ley Hipotecaria), al modo que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (cfr. arts. 1.144, 1.084 y 1.837). Del hecho de que un mismo y único gravamen recaiga por el entero sobre cada una de las varias fincas se desprende que el derecho real de hipoteca no sólo produce relaciones jurídicas entre el titular del derecho real y cada uno de los dueños de las fincas resultantes de las segregaciones sino también entre los distintos dueños de estas fincas afectadas por el mismo gravamen. Si cualquiera de ellos hiciere el pago de la deuda garantizada, no se producirán los efectos ordinarios de la subrogación (lo que determinaría que el que paga, a su vez, pudiera exigir la cantidad íntegra contra cualquiera de las nuevas fincas); por efecto de las relaciones que la unidad de gravamen establece entre los diversos dueños de las fincas, el que de ellos pague la cantidad íntegra sólo podrá reclamar de los demás lo que les corresponda proporcionalmente (cfr. arts. 1.087, 1.145 y 1.844, y especialmente el 1.085 del Código Civil y también el art 15 de la Compilación de Galicia).

3. El acreedor puede, si quiere, renunciar a sus derechos sobre cualquiera de las diversas fincas. Pero esta renuncia no puede tener, sobre esa finca, como efecto la cancelación de un derecho real —el de hipoteca— que, por lo dicho —y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas— no sólo confiere facultades al acreedor sino también a los demas dueños (cfr. por analogía, el art. 1.146). Por razones análogas —no se puede disponer de derechos ajenos— hay que ratificar hoy la doctrina ya sentada por la Resolución de 17 de marzo de 1969: para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total se requerirá «además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular».

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Comentario.— El problema planteado en esta Resolución es el relativo a la aplicación del principio de indivisibilidad de la hipoteca formulado por el artículo 1.860 del Código Civil y desarrollado por los artículos 123 a 125 de la Ley Hipotecaria.

La indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca, pues a ambas se refiere el artículo 1.860 del Código Civil, deriva de los principios de integridad e indivisibilidad del pago, como medio de extinción de las obligaciones, proclamado en los artículos 1.157 y 1.169 del Código Civil al decir que «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entrado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistiría» y que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las

prestaciones en que consista la obligación». Al constituir la prenda y la hipoteca garantías reales del cumplimiento de una obligación subsistirán íntegras (art. 122) e indivisibles aunque se divida la deuda, se reduzca la obligación o se fraccione (divida o segrege) el bien sobre el que se estableció la garantía.

En el supuesto que examino se ha procedido a la segregación y venta de varias parcelas de la finca hipotecada sin que se haya realizado la distribución de la responsabilidad hipotecaria. La Dirección General resuelve manteniendo la doctrina ya expresada en la Resolución de 17 de marzo de 1969, reproduciendo su último «considerando», en el que se recoge el fundamento de la Resolución: «en caso contrario, por el juego de la solidaridad, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular». Estamos, por tanto, ante una doctrina constante, reiterada incluso en una posterior Resolución, la de 27 de marzo de 1989, a la que también dedicaré este comentario por su indudable identidad.

La primera afirmación que hay que realizar es que estamos ante un supuesto con implicaciones civiles e hipotecarias y, por tanto, la consecuente obligación se centra en determinar en qué medida se influyen recíprocamente unas y otras. En aras de la sistematización conviene examinarlas independientemente:

1. *La división de la obligación*

El concepto adecuado es el de la modificación o novación de la obligación a la que el Código Civil dedica los artículos 1.203 a 1.213, aun cuando encontramos otros preceptos dispersos en su articulado.

La novación puede ser objetiva (variando el objeto de la obligación o sus condiciones principales) o subjetiva (por cambio de deudor o acreedor). Aquí no interesa la modificación subjetiva por cambio de deudor al tener lugar la aparición de una pluralidad de ellos o, en último caso, concurriendo inicialmente varios, por su sustitución.

El artículo 1.205 del Código Civil es terminante: «La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor». Por tanto, jurídicamente no hay novación en tanto no preste su consentimiento el acreedor

Lo expuesto no obsta a que durante la vida de la obligación o en el momento de su extinción se produzca una modificación de hecho del sujeto pasivo de la obligación. Estas modificaciones pueden ser voluntarias o necesarias:

a) Las voluntarias, a su vez, pueden producirse:

1.° Durante la vida de la obligación, por un cambio de deudor, que no produce el efecto propio de la novación (extinción de la relación obligacional con el deudor inicial) si no concurre el consentimiento de acreedor, tal y como lo declara el transcrito artículo 1.205 del Código Civil.

2.° En el momento de su extinción, supuesto del pago efectuado por persona distinta del deudor, recogido en el artículo 1.158 del Código Civil al decir que «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor». Este pago tiene que aceptarlo el acreedor siempre que sea idéntico al estipulado (art. 1.166), integro (art. 1.157) e indivisible (art. 1.169) y se realice «en el lugar que hubiere designado la obligación» (art. 1.171).

b) Las modificaciones necesarias de la persona del deudor se producen por

su fallecimiento, ya que conforme al artículo 659 del Código Civil «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingue por su muerte», quedando el heredero que acepte pura y simplemente responsable de todas las cargas de la herencia (art. 1.003). Y así «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos» (art. 1.084), pudiendo «el coheredero que hubiese pagado más de los que corresponda a su partición en la herencia... reclamar de los demás su parte proporcional» (art. 1.085).

Con relación al supuesto que aquí nos interesa, modificación subjetiva de la obligación por ampliación del círculo de obligados o por sustitución, debe destacarse que si en el momento de contracción de la obligación no se previó y reguló, por voluntad de las partes, tal supuesto, la nueva situación es irrelevante para el acreedor. Es frecuente la constancia en las escrituras de hipoteca de cláusulas que prevén la solidaridad en el caso de adquisición de la finca y subrogación en la hipoteca por el comprador, no quedando liberado el primitivo deudor de los débitos producidos.

En definitiva, el acreedor ante la cesión de la deuda, sin su consentimiento, conserva intactas todas sus acciones e íntegros sus derechos frente a aquel con quien contrató. En la relación interna de los deudores podrá, sin embargo, establecerse el régimen de solidaridad o mancomunidad para la satisfacción de la obligación. Es plenamente aplicable la disposición del artículo 1.137 del Código Civil, en virtud del cual la solidaridad no se presume.

Con lo expuesto, quiero destacar una primera conclusión, evidente en nuestro Ordenamiento: la división o cesión de la deuda operada sin el consentimiento del acreedor no le afecta.

2. *La división de la finca hipotecada*

La legislación hipotecaria sienta el principio de la indivisibilidad del derecho real de hipoteca en su artículo 123. El Código Civil en su artículo 1.860 declara que «la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor».

Realmente se puede decir que la protección del derecho real de hipoteca se realiza en nuestro Ordenamiento a través de tres principios:

1.° Principio de integridad de la hipoteca, formulado por el artículo 122 de la Ley Hipotecaria al decir que «la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido».

2.° Principio de solidaridad excepcional de la hipoteca en los supuestos de posterior división de la finca hipotecada. El artículo 123 de la Ley Hipotecaria dice que «si una finca hipotecada se divide en dos más no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez».

3.° Principio de indivisibilidad, formulado por el artículo 1.860 del Código Civil.

Hay un evidente paralelismo entre los requisitos del pago, antes referido, y las garantías de la hipoteca, como no podía ser menos dado su carácter de derecho real accesorio de una obligación.

Los principios expuestos tienen cada uno un diferente contenido. La integridad supone que la hipoteca no sigue las vicisitudes ni de la obligación ni de la cosa, siempre que estas vicisitudes no sean totales. El carácter de integridad es una consecuencia de su indivisibilidad estructural. No existe la fracción o cuota de hipoteca con relación a la obligación y sin perjuicio de que evidentemente puede constituirse la hipoteca a favor de una pluralidad de acreedores en régimen de solidaridad o mancomunidad activa.

La solidaridad excepcional es una solución no adoptada en todos los Ordenamientos. El artículo 833 del Código Civil suizo impone el prorrateo de la responsabilidad hipotecaria si el acreedor no consiente la distribución, atribuyéndole el derecho a declarar vencida la hipoteca si no se conforma con el prorrateo o distribución.

Nuestra legislación hipotecaria exige la distribución de la responsabilidad cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito (art. 119 Ley Hipotecaria) pero repercute en el deudor y en los terceros adquirentes las consecuencias de la división sin el consentimiento del acreedor a la distribución de la responsabilidad. Obsérvese que la distribución inicial del crédito hipotecario es, simplemente, una norma de protección del crédito territorial y de los terceros adquirentes, protección que hipotecariamente se expresa a través del principio de especialidad. El Registro publica derechos con especificación de su extensión y circunstancias.

La indivisibilidad de la hipoteca y de la prenda están expresadas en el artículo 1.860 del Código Civil, que recoge el supuesto auténtico de división: división del crédito y división de la deuda. En el primer caso, el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda no podrá «devolver la prenda sin cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos». En el supuesto de división de la deuda, tampoco podrá «el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo».

En la doctrina Gorla destaca que la indivisibilidad de la hipoteca no es el producto de un principio lógico superior o la consecuencia lógica de un determinado concepto de la hipoteca, sino que es un refuerzo de la garantía inspirado en razones prácticas de tutela crediticia. Así se recoge en el Código Civil italiano, cuyo artículo 2.809 establece que la hipoteca «es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes afectados, sobre cada uno de ellos y sobre cualquiera de sus partes».

La Resolución en examen se ocupa fundamentalmente del que he denominado principio de solidaridad excepcional. En el supuesto de hecho resuelto esta norma de protección del derecho real de hipoteca se vuelve contra el propio destinatario de la misma, el acreedor hipotecario. Segregada parte de la finca hipotecada y vendida se deniega la cancelación de la hipoteca que consta sobre la misma. El fundamento alegado para la Resolución acordada no es otro que la concentración del gravamen «en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular». Así se recoge reiterando textualmente la Resolución de 17 de marzo de 1969. Esta última Resolución tiene a su vez precedente en la Resolución de 12 de julio de 1945 que declara que el principio de indivisibilidad de la hipoteca puede sufrir atenuaciones al permitir a las partes el artículo 123 de la Ley que renuncien a las consecuencias que del

mismo se derivan, y como en todo momento es facultad del acreedor limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división, su voluntad claramente manifestada en este sentido no debe encontrar obstáculos y sí producir sus naturales efectos y consecuencias, sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un trozo de finca, sobre el que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados por tal determinación

La Resolución en estudio señala que la renuncia del acreedor «no puede tener sobre esa finca como efecto la cancelación de un derecho real, el de hipoteca, que y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas, no sólo confiere facultades al acreedor sino también a los demás dueños (cfr por analogía, el art. 1.146 del Código Civil)».

La decisión adoptada entiendo que no es acertada o, al menos, no está suficientemente fundamentada.

1.° Todas las disposiciones que hemos examinado, junto con el artículo 125 de la Ley Hipotecaria, constituyen normas de protección del derecho real de hipoteca que pretenden evitar el desmerecimiento que una acción del deudor pueda ocasionar a la hipoteca. La división de la finca hipotecada es una *res inter alios acta,* que no afecta al acreedor hipotecario, pues su *hipoteca est tota in toto et in qualibet parte.*

2.° Si dividida la finca hipotecada y vendida a un tercer poseedor el acreedor ejecuta su hipoteca en virtud del artículo 123 de la Ley Hipotecaria podrá dirigirse contra ella por la totalidad de la suma asegurada. El tercer poseedor no tendrá otros derechos que los que le confiere la Ley Hipotecaria y su Reglamento:

a) Deberá ser requerido de pago en el procedimiento ejecutivo, conforme al artículo 126 de la Ley Hipotecaria, que dispone que «podrá el acreedor reclamar de éste (el tercer poseedor) el pago de la parte de crédito asegurada (en este caso la totalidad, en virtud del principio de solidaridad excepcional) con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por Notario» De igual modo en el procedimiento extrajudicial, conforme al artículo 234, 2.°, del R. H. Y en el judicial sumario tiene derecho a ser notificado siempre que hubiere adquirido con anterioridad a la nota acreditativa de la expedición de certificación de cargas. (art. 131, regla 5.ª).

b) El tercer poseedor podrá adoptar diversas actitudes: pagar, desamparar los bienes, oponerse o una actitud pasiva con las diversas consecuencias establecidas en los artículos 126, 132 y 134 de la Ley Hipotecaria, y 143, 222, 223, 224, 231 y 236 de su Reglamento.

c) Sin embargo, el tercer poseedor no ostentará otra posibilidad de subrogación que la que le confiere el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, para el supuesto de que hubiese satisfecho alguna carga o gravamen anterior o preferente al crédito del actor

3.° El tercer poseedor ha adquirido la finca, en virtud de la publicidad material del Registro de la Propiedad, con conocimiento del gravamen hipotecario que sobre la misma pesa, estando protegida la adquisición, en virtud de la fe pública registral, sólo con las limitaciones y cargas con que consta inscrito el derecho de su transmitente.

El mismo principio debe predicarse para los terceros acreedores.

4.° La renuncia de derechos no puede hacerse en perjuicio de acreedores del renunciante (art. 1.001 Código Civil), pero en ningún caso está limitada en virtud de causar posibles perjuicios a acreedores del beneficiario.

5.° No existe ningún perjuicio para los terceros acreedores de las restantes partes de la finca matriz que ven concentrarse sobre las mismas el gravamen hipotecario. Cuando adquirieron sus derechos o anotaron sus embargos conocían el estado de cargas.

6.° Supone una restricción al crédito territorial impedir la cancelación de alguna de las fincas divididas, que estaría demorada hasta que se otorgase y consintiese la cancelación total.

7.° La Resolución de 23 de febrero de 1929 proclama que la transmisión de parte de finca hipotecada como libre de cargas por haber concurrido el acreedor hipotecario y prestado su consentimiento es una liberación de carácter jurídico similar a la remisión de la solidaridad pasiva, que no altera la extensión del crédito asegurado ni implica la constitución de una hipoteca sobre el resto de la finca que sigue gravada, siendo inscribible la escritura de venta de la finca segregada libre del gravamen hipotecario.

8.° Los efectos de la solidaridad pasiva legal, establecida por la L. H. en el artículo 123, no producen entre los adquirentes de las fincas divididas ni los efectos de la solidaridad pasiva convencional (art. 1.146 del Código Civil) ni los efectos de la confianza (art. 1.844) ni los de la solidaridad hereditaria (art. 1.084)

Sus efectos son puramente reales, para que no se pervierta el derecho real de hipoteca tal como fue constituido. Entre los terceros poseedores de las fincas resultantes de la división no existe relación alguna, puesto que su derecho fué adquirido con la hipoteca que el Registro publicaba.

9.° Si en lugar del supuesto contemplado en la Resolución, el acreedor ejercita el derecho de ejecutar la hipoteca por la totalidad de la responsabilidad garantizada contra una de las fincas resultantes de la división se produce el mismo efecto que se pretende evitar: la concentración del gravamen.

10. Los derechos de los terceros acreedores en ningún caso se ven afectados pues serán notificados (art. 131, 5.° L.H. y 1.490 L.E. Civil) para satisfacer el crédito antes del remate o intervenir en el avalúo y subasta de los bienes.

En conclusión la solución adoptada por la Resolución en estudio está motivada en una posibilidad («puede concentrarse»), razón de ser que debe contemplar el legislador y nunca el juzgador. Obsérvese, además, que la Resolución comentada declara que el tercer poseedor que pague la cantidad íntegra «sólo podrá reclamar de los demás lo que le corresponda proporcionalmente». No se establece que criterio proporcional servirá para esa distribución. Las partes de fincas resultantes pueden tener valores diferentes que no permitan una distribución en función de su cabida. Puede ser, y normalmente así será, que el tercer poseedor, contemplando el gravamen que recae sobre la finca, haya procedido a descontar o retener el precio de remate (art. 118 de la L.H.). En definitiva no existe en nuestro Ordenamiento soporte legal ni cauce procesal para sostener y exigir que se produce una relación entre los posteriores adquirentes de las fincas divididas. La única relación que surge será la existente entre el deudor que vendió la finca y la dividió y el tercer adquirente y, dicha relación, se regulará por lo que conste en el correspondiente documento de compraventa. Como he expuesto, el artículo 118 de la Ley Hipotecaria prevee que el tercero se haya subrogado o que haya descontado o retenido el importe de la deuda. También es posible que ninguna de estas actitudes haya adoptado o que la subrogación, descuento o retención

hayan sido parciales. Pero en cualquier caso lo que no se prevé en la Ley Hipotecaria es un mecanismo de subrogación activa en la hipoteca. La Resolución únicamente cita en los «vistos» los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, que no lo preveen. Este mecanismo de subrogación activa indudablemente tampoco está regulado para los supuestos en que no haya división. El tercer poseedor de finca hipotecada puede adoptar las posiciones y tiene los derechos a que antes nos hemos referido. Pero en ningún caso, ejecutada la hipoteca, surge en favor del mismo una acción real contra el deudor. Indudablemente, no desconozco la existencia de una relación obligacional recogida en el artículo 1.158, párrafo segundo, del Código Civil, al decir que «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad» La existencia o no de derecho de repetición vendrá determinada, como he expuesto, por lo pactado por deudor y tercer adquirente en la escritura de compraventa.

Por lo que respecta a los terceros acreedores, su posición está siempre potencialmente afectada por la hipoteca, que actúa en régimen de solidaridad excepcional sobre las parcelas resultantes de la división. Y a ello deben atenerse los embargos practicados. La posible confabulación entre el deudor y el acreedor que libera alguna de las fincas no es óbice para denegar la cancelación solicitada. Tal actuación debe ser demostrada y en ningún caso un posible fraude puede ser causa de denegación de asientos registrales, pues el Registrador califica, limitadamente, por lo que resulta del Registro y del documento presentado.

La Resolución comentada se reitera en la de 27 de marzo de 1989, con la particularidad de que en ella se contempla un supuesto de cancelación de la hipoteca sobre un piso de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la constitución de la misma sobre la totalidad del edificio.

La argumentación de la Resolución es idéntica a la que sirve de fundamento a la que es objeto de este comentario. Debo destacar, sin embargo, que el supuesto contemplado está modalizado por la circunstancia de que la liberación del piso se realiza en relación con la cuota que ostenta en el régimen de propiedad horizontal.

La Resolución cita en los vistos los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario y en su fundamentación de derecho cita los artículos 1.839 y 1.212. Ambas disposiciones regulan la subrogación en el crédito bien en virtud de un negocio que opera la novación (art. 1.212) bien a través de un contrato de fianza (art. 1.839). Ninguno de ambos supuestos es aplicable al caso en estudio. Ambos exigen un negocio jurídico concreto en el que presta su consentimiento el acreedor. Así se deduce claramente del artículo 1.212 («La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de la hipoteca») y se deriva, en relación con el artículo 1.839 («el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acredor tenía contra el deudor»), de una interpretación sistemática de los preceptos que regulan la fianza, pues para que se produzca tal efecto la fianza tiene que haber sido constituida con conocimiento, al menos, del acreedor (arts. 1.828, 1.829, 1.842, 1.850 y 1.853).

En esta última Resolución, comentada «al hilo» de la primera, existe sin embargo una evidente fundamentación para la denegación de la cancelación solicitada. El artículo 218 del R. H. regula la hipoteca sobre la totalidad del edificio y prevé la forma en que ha de practicarse su inscripción. Su último párrafo dispone que «el acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho en

estos casos, dirigiéndose contra la totalidad del edificio». Se establece por tanto una excepción al principio de solidaridad excepcional formulada por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. La división es inoperante, a todos los efectos, para el acreedor que ha constituido la hipoteca sobre un objeto único: el edificio en su conjunto. El Reglamento Hipotecario le exige que sea consecuente con ello, imponiéndole que su actuación se refiera siempre a la totalidad del mismo.

Llama la atención en la Resolución la posibilidad que ofrece el fundamento de derecho número 3. En él se establece que «no existiría, en cambio, para la cancelación solicitada, el obstáculo observado, si el acreedor, en lugar de limitarse a consentir la cancelación de la hipoteca «exclusivamente por lo que se refiere» al piso referido, hubiere, previamente, consentido en la distribución de la responsabilidad entre todos los pisos y locales, tal como resulta de la asignación de cuotas por el régimen de propiedad horizontal, pues ciertamente dichas cuotas sirven para delimitar, a todos los efectos, desde la propiedad del edificio hasta la participación en las cargas».

Esta distribución unilateral es rechazada por el Presidente de la Audiencia que en su Auto destaca que «no puede equipararse la aceptación de la cuota de participación con la aceptación de la distribución del crédito hipotecario, ya que cuando la Ley acude a la cuota para distribuir la responsabilidad, lo hace frente a la obligación que, por no ser susceptible de indivisibilidad (art. 9, 5°, de la Ley de Propiedad Horizontal), transciende al conjunto de la comunidad horizontal y, en cambio, con la distribución del crédito, lo que se lograría es individualizar y segregar una responsabilidad, trasladándola a los propietarios individuales..., sirviendo la cuota únicamente a efectos de distribución *inter partes* de la responsabilidad (art. 1.145, 2.°, del Código Civil)».

En definitiva, dos interesantes Resoluciones que ponen de manifiesto el entrecruzamiento del Derecho Civil y del Derecho Hipotecario, entrecruzamiento en el que, en materia de hipotecas, debe primar la sustantividad, a efectos registrales, de las relaciones reales.

IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA

III. Sentencias del Tribunal Supremo

I. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ

CONTRATO DE GESTION DE UNA CONSTRUCCION, ENCOMENDADA POR UNA COOPERATIVA. APLICACION DE LOS DEBERES DEL COMISIONISTA: INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1989).

La sentencia impugnada declara resuelto el contrato formalizado en documento privado de fecha 2 de abril de 1977, a instancia de la Cooperativa de Viviendas actora que, en orden a la construcción de 500 viviendas unifamiliares, encomendó a la sociedad anónima gestora demandada, hoy recurrente, todos los trámites administrativos, gestión de medios financieros, captación de socios e información de la gestión. La sentencia estima que la gestora, dominada por la misma persona física que dirigía, con familiares suyos, la Cooperativa al tiempo de contratación, no cumplió adecuadamente sus obligaciones, pese a percibir el precio convenido, originando graves perjuicios y la no realización de la obra en un plazo razonable.

Los dos primeros motivos del recurso se basan en el artículo 1.692-3.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 359 de dicha Ley, ya que se aduce que la sentencia fija hechos no alegados, ni probados, puesto que la demanda enuncia el incumplimiento de las obligaciones de la gestora, pero no los particulariza, como hace la decisión judicial. Sin embargo en el proceso se articuló una abundante prueba sobre la base de las obligaciones esenciales de la demandada y de todos los elementos traidos contradictoriamente al proceso que pudieron ser analizados en tiempo oportuno y, fundamentalmente, la conclusión a la que llega la Sala de apelación, se basa en un contrato entre una Cooperativa para fin concreto y una gestora que se presenta con alta especialización, propia de un comisionista que maneja fondos ajenos (Sentencias de esta Sala de 22 de mayo de 1986, 21 de abril de 1988, 20 de mayo de 1988 y 15 de julio de 1988, entre otras) con la adición de que el personaje que domina la gestora, dirige la Cooperativa, con la natural confianza que ello supone y que agrava los deberes de diligencia, frente a lo cual aparece que, desde 1977 a 1984, la gestión no está terminada, sin que sea de apreciar responsabilidad atribuible a la comitente, que siempre cumplió con sus deberes y no existen en la realidad, sino «replanteos y estructuras, con préstamo hipotecario y embargo». Esta línea argumental, indis-

cutida, se explaya en la fundamentación, con pormenores que resultan, directa o indirectamente, de elementos de información que se encuentran en las voluminosas actuaciones, por lo que no se puede admitir que el juzgador se haya constituido en demandante con la consecuente indefensión de la demandada sino que, inspirado por hechos clave, significativos, los interpreta y explica, para concluir la esencia de lo pedido en orden a la instada resolución, por incumplimiento.

Los motivos 3.°, 4.° y 5.° se apoyan en el artículo 1.692-4.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil y pretenden, respectivamente, que se alteren las bases de hecho de la sentencia sustituyéndolas de la forma siguiente:

1.° Que la llevanza de la contabilidad, no fue mala, sino buena. La apreciación del juzgador analiza, para ello, distintos documentos, esencialmente dictamen pericial emitido en diligencias penales contra la persona que jugaba el doble papel en la Cooperativa y la gestora y los que revelan el intento de auditoria contable encomendada a una sociedad especializada a la que la gestora no dio los datos necesarios. Prescindiendo de las anomalías que la sentencia enumera, se llega a una conclusión: «No se refleja, en su totalidad, la verdadera situación económica de la entidad.» Esta conclusión evidencia la frustración del fin de toda contabilidad en su aspecto material (art. 38 del Código de Comercio). Frente a ello no pueden prevalecer informes internos de la época sospechosa, ni afirmaciones que no contemplen el conjunto examinado, base del dictamen pericial.

2.° El precio de adquisición de las viviendas no se fijó nunca de modo definitivo y cabe, por tanto, la diferencia entre el contemplado inicialmente y el que habrá de ser exigido. En ningún caso puede atribuirse esta oscilación (4.000.000 de pesetas/vivienda en 1979, 4.500.000 pesetas en 1971, más de 7.000.000 de pesetas en 1984), a falta de actividad de la Cooperativa, si se tiene en cuenta que «las obras, en su mayor parte, estaban por realizar». De modo que las ofertas de la Cooperativa, no pueden desligarse de su proyecto y de su confianza en la gestora que había de resolver los problemas en un plazo razonable.

3.° No se impuso, como constructora, a la Compañía Hispano-Alemana, SA, sino que se le otorgó un derecho de tanteo. Esta afirmación es inocua, si se la desprende de su contexto real. La entidad constructora adquiere el derecho de tanteo, por mediación de Coviviendas, SA que se inmiscuye en las obligaciones de financiación asumidas por la gestora demandada e introduce este derecho a favor de una constructora de un mismo grupo (RUMASA), cuyos conocidos avatares cortan la línea de financiación proyectada.

Así pues, la impugnación de los hechos es anecdótica, no desvía la argumentación básica de la sentencia, de una desafortunada gestión de la demandada, que manipulaba totalmente a la actora en toda su actuación, desde 1977 a 1984, con la mayoría de obras sin realizar, con toda la documentación retenida por la gestora que no consta entregara a la Cooperativa, sino al Juzgado de Instrucción como consecuencia de las diligencias penales contra el factótum de ambas entidades, sin obtención de licencias definitivas, con una vía indirecta de compra de los terrenos en lugar de la adquisición directa por la Cooperativa, pérdida masiva de socios e incumplimiento de los plazos preformados. Todo ello es revelador de una conducta de incumplimiento de la demanda, obstativa a la realización del fin contractual, según el tenor y la intención de lo convenido, por lo que deben rechazarse los motivos 6.° y 7.° que, con apoyo en el artículo 1.692-5.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalan la infracción de los artículos 1.281

y 1.283 del Código Civil (motivo 6.º) y el artículo 1.124 del mismo Código (motivo 7.º), pues bien claramente aparece la conducta contraída por la experta gestora (actividad frente a la Administración, gestión de medio financieros, captación de los socios en el número previsto e información cumplida de su gestión) y su palmario incumplimiento, dentro de un periodo de tiempo razonable (siete años). En consecuencia, la interpretación de la vida contractual, potestad del juzgador de instancia, se desarrolla dentro de la legalidad y de la lógica y asocia a la base de hecho minuciosamente analizada la consecuencia jurídica, del incumplimiento (sentencias de esta Sala de fecha 31 de octubre de 1987, 18 y 26 de marzo y 29 de abril, entre otras) que no exige una conducta de especial rebeldía sino la omisión de la que cabe esperar de lo convenido.

R. DE A.

DIVISION DE COSA COMUN A INSTANCIAS DE UN COMUNERO: NO REQUIERE EL PREVIO INTENTO DE ADJUDICACION POR PARTE DE UNO DE LOS CONDUEÑOS. COMPENSACION: REQUISITO DE LIQUIDEZ DE LAS CANTIDADES (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1989).

El motivo primero del recurso, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la «infracción del artículo 404 del Código Civil en relación con el artículo 3.º del Código Civil, por el concepto de interpretación errónea, ya que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas», motivo que ha de ser examinado conjuntamente con el segundo en que, por el mismo cauce procesal, se acusa infracción de la jurisprudencia ya que, se dice «la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial emanada entre otras de las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 1928, 30 de mayo de 1933, 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957»; se apoyan ambos motivos casacionales en entender que la disolución de la comunidad por venta en pública subasta de acuerdo con el artículo 404 del Código Civil requiere el previo intento de obtener un convenio entre los condóminos sobre la adjudicación a uno de ellos de la cosa común indemnizando a los demás, tesis que ha de rechazarse pues es doctrina reiterada de esta Sala manifestada, entre otras, en Sentencias de 15 de febrero de 1909, 21 de noviembre de 1960, 30 de marzo de 1981, 9 de febrero, 6 de junio y 19 de diciembre de 1983 y 17 de abril de 1985, que «desde el momento en que uno de los condueños pide la enajenación de la cosa común con la facultad de intervenir en la subasta licitadores extraños, es evidente que manifiesta su voluntad de que no se consulte a los demás comuneros y ello porque la voluntad de uno sólo de ellos, contraria al convenio de adjudicación, hace innecesario, por inútil, el intento de tal adjudicación entre los partícipes», en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1.062 del Código Civil relativo a la partición hereditaria y aplicable al caso en virtud de la remisión del artículo 406 del propio Código, al establecer que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división «bastará que uno de los herederos pida su venta en pública y con admisión de licitadores extraños para que así se haga». Admitida por los demandados recurrentes la indivisibilidad declarada por la sentencia impugnada del inmueble objeto de la comunidad, no se ha conculcado por la Sala de instancia el artículo 404 del

Código Civil ni la doctrina de esta Sala sobre la interpretación de los requisitos de la *actio communi dividundo* al no requerirse el previo intento del acuerdo de adjudicación; por ello han de decaer los dos primeros motivos del recurso.

Por el mismo cauce procesal que los anteriores, se articula el tercer motivo por infracción del artículo 1.195 del Código Civil, alegando que «la sentencia recurrida no recoge en ninguno de los fundamentos jurídicos y consecuentemente en el fallo, la compensación alegada por esta representación al haber ejercitado el actor la acción de rendición de cuentas»; aducida en el fundamento de derecho III del escrito de contestación a la demanda la compensación entre lo que resulte debido a consecuencia de la rendición de cuentas solicitada por el actor y lo debido por éste a la codemandada doña Leonor O. como renta debida y no pagada del arrendamiento de industria existente entre ambos, sin que ninguna de las sentencias de instancia se haya pronunciado sobre esta cuestión, lo que pudiera ser constitutivo de un vicio de incongruencia denunciable en casación por la vía del número 3.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con cita del artículo 359 de la misma, ha de tenerse en cuenta que para que se produzca la compensación de las deudas recíprocas por aplicación del citado artículo 1.195, han de concurrir inexcusablemente todos los requisitos enumerados en el artículo 1.196 del Código Civil, de tal forma que la falta de cualquiera de ellos impida que opere este modo extintivo de las obligaciones. En el caso a que se refiere el recurso, si bien en confesión judicial el actor don Adolfo C, reconoce ser deudor de su madre doña Leonor por impago de rentas del meritado contrato arrendaticio, no ha quedado acreditada, por el contrario, la cantidad realmente debida por aquél mediante su determinación numérica y esta falta del requisito de liquidez de la cantidad a compensar, exigido por el número 4 del artículo 1.196, veda al juzgador acordar la compensación pretendida siendo inaplicable, por tanto, en este caso el artículo 1.195 que se dice conculcado; en consecuencia, debe ser desestimado el motivo.

R. DE A.

ACTOS PROPIOS: DOCTRINA GENERAL. SIGNIFICADO DEL REGISTRO DE UNA MARCA O DE UN NOMBRE COMERCIAL (PRESUNCION IURIS TANTUM) (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1989).

La sentencia recurrida parte de que el actor don Jesús María Z. E. tiene inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial determinados modelos, rótulos y marcas, cual reconocieron los propios demandados, y, en consecuencia, al no haberse impugnado adecuadamente tales inscripciones, pues que no aparece pedida su nulidad, solicitándose sólo la desestimación de la demanda, dada la presunción *iuris tantum* de dominio y protección que dispensan al titular los artículos 5, 6, 7 y 14 del Estatuto de la referida Propiedad, confirma la sentencia de Primera Instancia en cuanto condena a don Gerardo G. B. a la no utilización de los mismos, aunque la otra demandada, madre del actor, le hubiera transmitido su uso.

Los dos motivos de casación se amparan en el número 5 del artículo 1.692 de la LEC. El primero denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, en el sentido de que la Sala de instancia no tiene en cuenta el contrato otorgado entre el demandante y su madre doña Juncal E. en 30 de junio de 1960, del que se desprende, según los recurrentes, que dicha señora, al otorgar

la administración al hijo, era la propietaria exclusiva de los bombonerías «Juncal» y, consiguientemente, de todos sus elementos, incluidos marca, rótulos y modelos. El segundo acusa a la sentencia recurrida de haber infringido, por no aplicación, el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929, pues el demandante no había podido consolidar su propiedad sobre las marcas «Juncal» por carecer de buena fe y justo título, ya que al solicitar el registro sabía, cual se expresaba en el motivo anterior, que pertenecía a su madre, actuando de modo deficiente en la gestión del negocio de la misma, a cuyo nombre debía haber solicitado el registro. El perecimiento de ambos motivos se produce de manera fatal porque: *a)* no se ataca la sentencia recurrida por error de hecho en la apreciación de la prueba, ni se alega infracción de precepto alguno valorativo de la misma, lo que obliga a partir del *fatum* que sienta: *b)* los actos propios han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del autor de los mismos, de manera que produzcan incompatibilidad con su conducta posterior (Sentencias, por ejemplo, de 22 de julio, 25 de septiembre, 5 y 16 de octubre, todas de 1987) y en el caso que nos ocupa el contrato que se cita no contiene, por la simple gestión negocial, un reconocimiento explícito en favor de la madre de su derecho al uso exclusivo y excluyente de marcas, rótulos o modelos que el demandante, titular registral, compartía y usaba en sus dos establecimientos de Madrid y en el de Bilbao; *c)* la solicitud de nulidad de una inscripción lleva consigo o apareja la de sus efectos registrales, pero no al revés, y aquí no se ha pedido de modo directo ni reconvencionalmente tal nulidad y sí, sólo, la desestimación de la demanda, lo que es insuficiente, en contra de la tesis de la parte recurrente, aunque esta Sala tenga reconocida la diferencia existente entre los Registros de la Propiedad e Industrial y que respecto de éste no es necesario pedir con la nulidad la cancelación del asiento, cual requiere para aquel el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuestión plenamente diferenciada de la que nos ocupa, y *d)* el artículo 14 del Estatuto sienta que el certificado de concesión del registro de una marca y el nombre comercial constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad, lo que origina que desde su expedición se produzcan los efectos protectores, aunque el dominio se «consolide» a los tres años, implicando que una vez transcurridos estos el titular queda inmunizado de las acciones impugnatorias que los terceros puedan deducir, transformándose la presunción de *iuris tamtum* en presunción *iuris et de iure*, pero en todo caso ha de accionarse en contra solicitando la nulidad, sin que valga simplemente pretender por vía de excepción que tales efectos legales dejan de producirse sin atacar el título.

R. DE A.

COMPRAVENTA. NO SE PRUEBA QUE LA ENTREGA FUESE AL DEMANDADO (DESESTIMACION DE LA RECLAMACION DEL PRECIO) (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1989).

Procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la entidad recurrente Cooperativa del Campo «La Vega de Ceheguín», al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en pretendido error de la apreciación de la

prueba por la Sala sentenciadora de instancia, y que dicha entidad recurrente aduce con base en la diligencia de embargo sobre casa designada como de la propiedad de don Manuel B. P., en la que aparecen domiciliados los albaranes de entrega de las mercancías cuyo importe se reclama, las facturas coincidentes con éstos y las letras de cambio libradas por la recurrente en tendencia al resarcimiento del valor de dichas mercancías, así como notas de cargo e invocados abonos de cantidades por dicho demandado y descuentos atribuidos a éste, porque, de una parte, los mencionados documentos lo único que revelan es la expresión de la mencionada entidad recurrente de envío de las mercancías en cuestión al referido local sito en la calle Providencia, número 150 de la ciudad de Barcelona, en cuyo edificio parece ser tiene su domicilio el aludido demandado don Manuel B. P., pero no que las mercancías cuestionadas hubiesen sido recibidas por él, pues que los relacionados albaranes de que se pretende deducir el error atribuido en la sentencia recurrida unos no aparecen suscritos como persona alguna receptora, otros las firmas no se acredita correspondan al tan mencionado demandado y algunos lo son con referencia a una entidad denominada «Distribuciones Basquens, S. A.» designada con domicilio en la calle Providencia. número 150 de Barcelona; y, de otra parte, los abonos parciales atribuidos a don Manuel B. P. y percepciones por éste de abonos con cargo a las facturas objeto de controversia no constan acreditados, siendo solamente expresiones subjetivas de la demandante, que como de tal índole no tienen el carácter documental preciso para evidenciar error a efectos de casación.

Decae el motivo segundo, formulado por la entidad recurrente Cooperativa del Campo «La Vega de Ceheguín», al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción de los artículos 542, 546, 548 y 549 del mismo ordenamiento jurídico procesal, porque, aparte que los preceptos de índole adjetiva no son eficaces para viabilizar casación con base en aspectos de carácter sustantivo, como es el referente a si se ha producido existencia de un contrato de compraventa y si de existir vínculo a una persona determinada, es lo cierto que los relacionados preceptos que la citada recurrente pretende infringidos lo único que ponen de manifiesto es el comportamiento que en cuanto a alegaciones en el proceso deben mantener las partes, pero no la obligatoriedad de contestar y hacer dichas alegaciones, de tal manera que el no efectuarlo en modo alguno excusa al demandante de acreditar los hechos en que se fundamenta la demanda por él ejercitada, en ortodoxa aplicación del principio de carga de la prueba, sancionado por el artículo 1.214 del Código Civil

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto a los motivos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, todos ellos formulados al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento, respectivamente, en infracción de los artículos 1.249, 1.232 y 1.214 del Código Civil, 24 de la Constitución de 1978 y 6 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, puesto que esos cinco motivos parten del supuesto de considerar la circunstancia de inacreditación por el demandado de la entidad «Distribuciones Basquens, S. A.», que en algunos de los albaranes presentados por la demandante Cooperativa del Campo «La Vega de Ceheguín» se establece como receptora de mercancía comprendida entre la que es objeto de controversia, pues aun sin tener en cuenta la aceptación de realidad de esa entidad que se establece como receptora en los albaranes en que figura con estampación de tampón, que no cabe desconocer que lo a discutir en el debate jurídico planteado no es, en definitiva, la realidad de hecho y jurídica de la invocada entidad «Distribuciones Basquens, S. A.», sino simplemente si la tan citada mercancía cuestionada fue

adquirida por el demandado don Manuel B. P. y a éste entregada en tal concepto de adquirente de ella, lo que en modo alguno ha sido acreditado, como certeramente pone de manifiesto la sentencia recurrida, sin desvirtuación eficiente por la demandante; y sin perjuicio, claro está, de las acciones que, en su caso y de estimarlo procedente, pueda ejercitar la entidad demandante, ahora recurrente, contra quien en definitiva se acredita haya sido la perceptora de la mercancía en cuestión en concepto de adquirente.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. ACCIDENTE EN ESTACION DE RENFE. FALTA DE MEDIDAS DE PREVENCION. NO HAY CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. COMPENSACION DE CULPAS (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1989).

Se funda este recurso, en su primer motivo, formulado al amparo del artículo 1.692-4.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en error de hecho en la apreciación de la prueba basado «en el documento obrante al folio 128 —croquis de la estación de Fuenlabrada—, en relación con la confesión prestada por la demandante a los folios 83 a 85 y de los documentos de los folios 117 y 124 a 127, en relación con las declaraciones testificales que obran a los folios 81 a 91, todos ellos de los autos del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid». El primero de los documentos mencionados es un simple croquis de la antigua estación de Fuenlabrada, que, evidentemente, carece de eficacia desvirtuadora del resultado de la apreciación de la prueba realizada en la instancia, a más de que, para obtener las conclusiones pretendidas por la recurrente, lo relaciona con la prueba de confesión judicial, con lo que se intenta demostrar la supuesta equivocación del juzgador con razones ajenas al propio documento, lo cual desborda las posibilidades del motivo de que se trata, según constante doctrina jurisprudencial (así, Sentencias de esta Sala de 23 de marzo y 15 de septiembre de 1985, 30 de abril de 1989 y 12 de noviembre de 1988). Lo propio sucede con los documentos obrantes a los folios 117 y 124 a 127 (atestado de la Policía de Seguridad del Estado, comunicación de la Sección de Transportes de la recurrente, «Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles» (RENFE), partes de accidente) que tampoco tienen el carácter de documentos a efectos casacionales del artículo 1.692-4.° y se relacionan con el resultado de la prueba testifical, tratando de sustituir la valoración conjunta de la prueba realizada por el juzgador de instancia por la propugnada por la recurrente, lo cual contraría lo declarado por esta Sala reiteradamente al respecto (Sentencias de 24 de mayo, 7 de julio y 19 de octubre de 1988, entre otras muchas), todo lo cual comporta la desestimación del motivo estudiado.

En el segundo motivo (artículo 1.692-5.° de la Ley Procesal Civil) se estiman infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por entenderse que el accidente en que resultó lesionada doña Juana M. S. se produjo exclusivamente a consecuencia de que, hallándose en la estación de Fuenlabrada el día 8 de abril de 1980, cruzó una vía por la que se acercaba el tren 3.008, en que se disponía a viajar, sin que ello fuera necesario para tener acceso a dicho tren. Aunque se admitiera la realidad del hecho de que parte la argumentación de la recurrente, no podría inferirse del mismo que el accidente se debiera exclusivamente al

proceder culposo de la víctima, pues está declarado probado que, al carecer la estación de instalación megafónica, no pudo anunciarse la llegada del tren ni el andén a utilizar por los viajeros, con lo que se dio lugar al error de la señora M. S. al intentar cruzar la vía para situarse en el lugar que creyó indicado para tomar el tren; de todo lo cual se sigue la improcedencia de este motivo.

En el último motivo del recurso, también basado en el artículo 1.692-5.°, se argumenta la existencia de suficientes medidas de seguridad en la estación de Fuenlabrada, lo que, a juicio de «RENFE», demostraría, aun partiendo de los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo*, que el accidente se produjo exclusivamente por negligencia de la víctima. Tampoco es procedente la estimación de este motivo porque. A) Al hallarse en obras la estación de Fuenlabrada, debieron extremarse aquellas medidas de seguridad, como acertadamente se razona en la sentencia del Juzgado; B) No es convincente la argumentación de la recurrente en cuanto sostiene que la falta de iluminación en la estación permitía observar con mayor claridad el foco del tren que se aproximaba, pues, aunque ello fuera así, aumentaría la dificultad de distinguir, incluso a poca distancia, la vía por la que circulaba el tren. C) La ausencia de instalación megafónica constituye un dato importante para configurar la negligencia de «RENFE», dado que, al no recibir los usuarios de la estación indicación alguna sobre el andén en que debían situarse, se originaba su posible error, lo que, como ya se ha dicho, hace perfectamente explicable la conducta de la señora S. M. y permite afirmar que el accidente se hubiera evitado facilitando información sobre la llegada del tren y por cuál vía, así como respecto al andén en que debían situarse los viajeros, y D) La absoluta carencia de personal de «RENFE» para regular y controlar el paso de vías en las circunstancias descritas, constituye asimismo un elemento de inculpación para la empresa. En resumen, ha de concluirse apreciando negligencia en la recurrente que la responsabiliza de la reparación del daño causado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.903, en relación con el 1.902 del Código Civil, sin perjuicio de la equitativa moderación de la cuantía del resarcimiento, atendida la concurrencia de culpa de la víctima en la producción del accidente, según ya se ponderó en la instancia.

R. DE A.

CREDITO DOCUMENTARIO IRREVOCABLE. EFICACIA. PRESCRIPCION. COMPUTO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1989).

Dictada sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Valencia, por la que, confirmando la apelada procedente del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de dicha capital, condenó al Banco Español de Crédito a abonar a la sociedad demandante 384.589,07 dólares USA —con los intereses legales correspondientes—, como cantidad debida en cumplimiento de un contrato de crédito documentario irrevocable y confirmado, del que era beneficiario la entidad actora, contra dicha resolución se alza el Banco emisor condenado, articulando frente a ella, tres motivos de casación en los que, al amparo del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia respectivamente infracción por inaplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo 950 del Código de Comercio, interpretación errónea del artículo 2.° del mismo Código en

relación con el artículo 3.° de los Usos y Reglas Uniformes relativos a los créditos documentarios y disposición general *b)* —2.°— y en relación con el artículo 9 de esta misma compilación (Revisión de 1962) que se acusa en el 3.° y último de los motivos de casación.

Rechazada en la instancia la excepción de prescripción opuesta a la demanda con base en el artículo 950 del Código de Comercio, en consideración, de una parte, a que «falta —dice el 3.° de los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada— toda semejanza de fundamentación legal (de esta operación crediticia) con la letra de cambio» y, de otra, a que ninguno de los plazos de tres y cinco años, alternativamente argumentados, se habían cumplido el día de la reclamación judicial que tuvo lugar, con la presentación de la demanda el 12 de julio de 1983, habida cuenta de que, el cómputo de la prescripción extintiva había de iniciarse no antes del 10 de noviembre de 1981, puesto que el plazo inicial en curso se interrumpió con otra reclamación anterior, concluida por sentencia de esta última fecha, ambas razones desestimatorias de la prescripción son acogibles. Así, en efecto, la primera porque, aunque se ignorase la presencia en este contrato atípico, de las distintas figuras contractuales —apertura de crédito o depósito y compraventa al menos— concurrentes a su formación, contemplando sólo la obligación del Banco emisor asume ante el vendedor de pagar, mediante la carta de crédito, supuesto además que, ésta, tenga carácter irrevocable, no es posible asimilar esta situación, analógicamente a la de los contratos mercantiles de cambio o giro ni, consiguientemente, aplicar por similitud —lo que por añadidura implica eludir el principio de interpretación restrictiva en materia de prescripción (Sentencias de 25 de febrero de 1981 y 19 de septiembre de 1985)— el artículo 950 del Código de Comercio, puesto que la obligación del Banco funciona como una mera *delegatio* del dador de la orden —comprador en el contrato de compraventa— cuya deuda, fundada en este contrato, subsiste al lado de la del Banco nacida de la carta de crédito, asumiendo ésta una finalidad de garantía, representada por la carta, cuya misión reforzadora se cumple sin vocación de circulación y cambio, como pone de manifiesto el artículo 46 de los Usos y Reglas Uniformes, reguladores del caso por expresa voluntad de las partes, al exigir la constancia expresa de transferibilidad en el crédito para su utilización por terceros y ello por una sola vez y sin obligación del Banco fuera de los límites expresamente consentidos por el mismo, razonamiento que obliga a rechazar la aplicación analógica que en el motivo 1.° se postula sin otra base legal que la invocación de la Sentencia de 8 de junio de 1957, insuficiente a los fines de la postulada prescripción por cuanto va dicho y porque el paralelismo, que en el caso de la sentencia citada se establece, entre el contrato de concesión de un crédito documentario irrevocable y las letras giradas para hacer efectivo un pago, semejanza que allí se pone de manifiesto como simple *obiter dicta*, resaltando el específico supuesto del crédito documentado mediante letras, con el designio de establecer la distinción de este contrato con los de comisión mercantil, compraventa y gestión de negocios, cuya semejanza era el punto a dilucidar en aquella sentencia, está notoriamente bien lejos de este otro en el que se pretende la prescripción de la acción nacida del crédito documentario, prescripción obstaculizada en otro sentido, cuyo examen se anunció más arriba, por la reclamación actuada por la demandante en proceso anterior terminado por sentencia de fecha indiscutida de 10 de noviembre de 1981, desde cuyo día hasta el de la presentación de la demanda iniciadora del proceso actual, 12 de julio de 1983, no han transcurrido los tres años que el Banco recurrente dice, tratando de excluir del cómputo, el tiempo invertido en sustancia el anterior

pleito, con mención al efecto, del párrafo 2.º del artículo 944 del Código de Comercio, omitiendo la doctrina jurisprudencial iniciada en la lejana Sentencia de 13 de octubre de 1927, en la que, atento el juzgador al contenido sancionador que, la prescripción extintiva, alberga para la conducta descuidada o negligente del acreedor (Sentencias de 20 de octubre de 1988 y las citadas) declaró que la desestimación de la demanda a que se contrae el párrafo segundo del artículo 944 del Código de Comercio, para privar de eficacia interruptora a una interpelación judicial, ha de entenderse en el sentido de que, tal demanda, no sea o no pueda ser admitida por los Tribunales, mas no cuando la misma haya sido admitida y tramitada, doctrina que procede reiterar, insistiendo en la eficacia excluyente de la excepción del párrafo 2.º del artículo 944 del Código de Comercio cuando, aquella demanda, haya determinado un proceso con contenido esencialmente idéntico al presente, esto es, con la misma pretensión de mantener los derechos y acciones presentes, ya que, en tal caso, no sería justo suponer abandono de derechos por quien manifestó su voluntad contraria pidiéndoles oportunamente en otro juicio que, en este orden de cosas, tiene el sentido de dar fe del *animus conservandi* del derecho controvertido (Sentencia de 18 de septiembre de 1987).

Expresamente declarada por la sentencia combatida la limpieza del documento «conocimiento de embarque» y no impugnada esta afirmación de hecho en la correspondiente vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la inadmisión del recurso —es este trámite transformada en desestimación— que esta circunstancia está llamada, en principio, a producir, se refuerza en el presenta caso, en el que la denuncia del supuesto error se hace en el segundo motivo bajo el apartado 5.º de aquella norma procesal, a la vista de que aquel dato de limpieza, cuya realidad se cuestiona en cuanto al conocimiento de embarque está fechado el 20 de diciembre de 1974 siendo así que, de otro documento aportado, resulta que las operaciones de carga tuvieron lugar entre el 27 del propio mes y año y el día 7 de los siguientes, ha de reafirmarse a los efectos de las relaciones obligacionales controvertidas, dado que la alteración que se acusa, más bien eror que propia alteración consciente, es tan intranscendente a los fines de efectivo cumplimiento del contrato subyacente, por el beneficiario del crédito y, consiguiente obligación de pago de lo convenido, como lo es, a iguales efectos, la raspadura, no salvada, en un guarismo de uno de los documentos —certificado de inspección fitosanitaria— presentado al Banco, pues que en uno y otro caso estas menudas alteraciones o errores, en las que el primero, el comprador, y luego el Banco emisor, se refugiaron soslayando el pago desde la lejana fecha de 1975, quedan obviadas por el simple buen sentido del receptor de buena fe, cuando es notorio, por el inequívoco contenido de los propios documentos, que con una u otra inmediata fecha, con raspadura o sin ella, está cumplido el fin que con su representación se pretendía. Conclusión que debió determinar la satisfacción de la contraprestación por el Banco, máxime cuando el único documento de los presentados cuya limpieza exigen las Reglas y Usos Uniformes, a las que las partes se sometieron —el conocimiento de embarque—, no contiene ninguna cláusula ni anotación sobreañadida, a cuya presencia anuda la falta de limpieza el artículo 16 de las Reglas, cuando el Banco —al que no alcanza, en principio, responsabilidad por la inexactitud de algunos de los documentos (art. 9)—, cumple su cometido de diligencia con examinar, con razonable cuidado, los documentos para cerciorarse de que, aparentemente, están de acuerdo con las cláusulas y condiciones del crédito (art. 7.º), tal y como era evidente, pese a las alteraciones de que se ha hecho mención, en el presente

caso, en el que importa reiterar la patente inocuidad de una inexactitud en la fecha y sobrerraspado grosero de un número en documento —inexactitud y alteración por cierto depurada, con similar conclusión en vía penal— cuyo examen objetivo prontamente aflora la condición de simple error y ligereza de las acusadas falsedades, carácter éste de falsedad que no puede por ello predicarse, como por la recurrente se pretende, en este claudicante motivo y en el siguiente, condenado a idéntico decaimiento en el que, con igual designio, se insiste en la obligación del Banco de rechazar los documentos presentados resaltando, al efecto, su responsabilidad en la aceptación de los que, nuevamente y con el mismo interesado afán, se siguen reputando como incursos en falsedad cuyo rechazo, por las razones hasta aquí expuestas, procede también ahora, con tanta más razón cuanto que, este último motivo es desarrollado exclusivamente con argumentos de doctrina científica que, sobre esgrimida dando por supuesto la falsedad es, desde luego, inidónea para fundar el recurso, aunque merecedora de la mayor consideración.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑOS PRODUCIDOS POR DERRIBO DE UNA CASA. RESPONSABILIDAD DE SU DUEÑO (SOLIDARIDAD E INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO). RELACION DE CAUSALIDAD. PRESCRIPCION: INTERPRETACION NO RIGORISTA (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1989).

El primer motivo, formulado con amparo procesal en el número 5 del artículo 1.692, denuncia infracción del artículo 1.968, párrafo segundo del Código Civil, que establece la presripción de las acciones derivadas de culpa extracontractual y que en opinión del recurrente fue indebidamente inaplicado por la Sala de audencia de la sentencia recurrida.

El motivo ha de ser desestimado porque, como bien afirma aquélla en la resolución impugnada, es jurisprudencia de esta Sala, especialmente reiterada en los últimos años, la que insiste en un tratamiento restrictivo del instituto de la prescripción, en cuanto que ésta, no fundada en justicia intrínseca, se configura como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica. La aplicación no rigorista de la prescripción alcanza su más genuina expresión precisamente en el extremo relativo al término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente, de forma que la indeterminación de ese día inicial o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben, en principio, resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino —como atinadamente señala la sentencia recurrida— en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción precisamente con base en la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que efectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impeditivos o extintivos del derecho en litigio.

Aplicada la doctrina señalada (Sentencias, entre otras, de 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 6 de junio y 19 de septiembre de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987 y 8 y 10 de octubre de 1988) no resulta procedente tomar como inicio del cómputo o plazo de prescripción la fecha del informe pericial de

12 de abril de 1984 ni la que en él se cita como día en que se giró una última inspección del inmueble, cuando —como puntualiza la sentencia recurrida— a renglón seguido se dice que en el transcurso de la misma se aprecia la rotura de los testigos de yeso de varias grietas, «lo que indica que no se ha producido la definitiva estabilización del conjunto estructural», sin que aparezca por lo demás ninguna otra fecha posterior en la que pudiera iniciarse, con certeza, el cómputo del plazo prescriptivo. Y no se puede ignorar, en efecto, el contrato concertado entre propietario y persona encargada del derribo o demolición aportado con la contestación a la demanda y en el que se lee que «la empresa en cuanto a partes medianeras y demás no se hará responsable de problemas que puedan surgir», consistiendo la obra contratada tanto en la demolición propiamente dicha, como en la excavación necesaria para la cimentación del nuevo edificio a levantar.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el segundo motivo que con amparo en el número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Emjuiciamiento Civil denuncia falta de litis consorcio pasivo necesario al haberse dirigido la demanda sólo contra el dueño del edificio causante de los daños sin tener en cuenta —dice el recurrente— «la existencia de otras personas que habían intervenido y de forma más directa en su causación». El decaimiento del motivo procede por cuanto que apreciándose responsabilidad en el demandado y estando en presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual asentada en las previsiones del artículo 1.902 del Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo enseña que no es de apreciar el litisconsorcio pasivo necesario que el recurrente alega pues tratándose, en su caso, de una responsabilidad solidaria el perjudicado puede dirigir contra cualquiera de ellos la acción correspondiente, como deudores por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1.144 del Código Civil, lo que no excluye, claro está, la posible repetición como acción y efecto *inter partes* en el caso de concurrencia de responsabilidades.

También debe decaer el tercer motivo que, fundado en el número 5 del artículo 1.692, denuncia la infracción, por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil al no concurrir en opinión del recurrente, los requisitos necesarios para su aplicación al caso litigioso. El motivo declina porque, además de estar ya declarada la solidaridad, resulta además de los autos que desde el primer momento en que se inician las obras de derribo, el demandante propietario de la casa colindante mostró su oposición al demandado por los riesgos de la obra proyectada, incluso con ejercicio de acción interdictal ajena desde luego a este procedimiento, en el cual quedó concretada y reiterada su oposición a la obra por temor a la producción de los daños que, efectivamente, se produjeron. Y no se puede ignorar, en efecto, el contrato concertado entre el propietario de la casa derribada y la persona encargada de dicha demolición, en el cual —aportado con la contestación a la demanda— se lee que «la empresa en cuanto a partes medianeras y demás no se hará responsable de problemas que puedan surgir consistiendo la obra contratada tanto en la demolición propiamente dicha, como en la excavación necesaria para la cimentación del nuevo edificio a levantar», sin que pueda entenderse como cláusula de exoneración de responsabilidad para el propietario demandante y hoy recurrido la que figura con el número 14 del contrato de obra propiamente dicho que, convenido con el mismo profesional que realizó el derribo, señala al efecto que «los daños originados a los vecinos durante la construcción de la obra serán reparados por el constructor, referente a la mano de obra».

Los daños producidos durante el derribo y la consiguiente relación de causa-

lidad necesaria para exigir la responsabilidad subsiguiente aparecen —como bien dice la sentencia de la Sala— reconocidos y asumidos en cuanto a responsabilidad por el demandado en el acto de conciliación, a los que habrá de añadirse los dictámenes periciales obrantes en autos, todo lo cual viene a probar y acreditar la obligación de indemnizar del demandado, hoy recurrente, en los términos que señala y puntualiza la sentencia recurrida.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA: RESPONSABILIDAD POR VICIOS (SOLIDARIDAD). COMPENSACION DE CULPAS (NO PROCEDE). PREVISIBILIDAD DE LOS DAÑOS (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1989).

Promovida por doña Consuelo R. F., don Antonio G. V., don Manuel G V. y doña Hermelinda R. F. ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Vigo demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Fernando A. R., don Manuel C. A., don Delmiro A. C., don Delmiro A. F., don Norberto C. G., don Angel C. N., don José R. C. y don Eduardo José B. M., sobre reclamación de cantidad y otros extremos, con fecha 2 de febrero de 1987, recayó sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 13 de diciembre de 1982, se estimaba en parte la demanda, sentencia contra la que se interpusieron los presentes recursos de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones. A) Que las causas que determinaron la producción de daños en el edificio propiedad de los demandantes fueron las modificaciones introducidas en el suelo al realizar las obras de cimentación del inmueble, que son las que más directamente han contribuido a modificar la estabilidad en el suelo del entorno, teniendo influencia igualmente importante la realización de la cimentación perimetral, la construcción de los elementos estructurales del inmueble número 14 y el complejo comportamiento de estos suelos, sin descartar, como causa complementaria, el que hayan dejado de realizarse las oportunas medidas precautorias de ejecución, tales como azotillar o realizar la cimentación anexa, al saneamiento de la cimentación, canalizando las aguas freáticas y todas aquellas medidas que se hubieren creído conveniente para evitar las modificaciones de las condiciones inciales del suelo. B) Que la responsabilidad por los daños causados debe ser compartida entre el constructor, el arquitecto y el aparejador, desde el momento en que la modificación del suelo al realizar las obras de cimentación es la que ha causado la mayoría de los daños, juntamente con la realización de la cimentación perimetral, la construcción de los elementos estructurales y la falta de realización y adecuada vigilancia en las obras complementarias ya apuntadas (considerandos 1 y 6 de la sentencia de primera instancia, expresamente aceptados por la resolución de la Audiencia). C) Que, en relación con las obras de la reparación que, en su momento sería necesario haber hecho, no puede mantenerse que los actores hubiesen prohibido su realización pues en el requerimiento hecho por la actora doña Hermelinda R. al arquitecto no se prohiben las obras de reparación, sino que se dice al arquitecto requerido que deberá abstenerse de cuanto no fueran apuntalamientos de los muros o fachadas para evitar su desplome, toda vez que cualquier obra de demolición o reconstrucción del inmueble es facultad

exclusiva de la comunidad propietaria del mismo, quien no autoriza al señor G. para acometerlas ni realizarlas, cuestión distinta de la prohibición que se alega por la demandada puesto que se refiere sólo a las obras ordenadas por la Alcaldía y sólo comprende las de demolición o reconstrucción, no las de reparación (fundamento 6.° de la resolución recurrida).

El primero de los recursos de casación formalizados contra la resolución aludida, lo fue por don Fernando Luis Antonio A. R. y se funda en un motivo único, amparado en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Emjuiciamiento Civil, denunciando infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la concurrencia de culpas que faculta a los Tribunales a moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del asunto, reduciendo, en la proporción que estimen conveniente, la consiguiente indemnización, cuando en la causación del daño ha intervenido directamente la conducta culposa del perjudicado, y alegando que la propiedad de la casa dañada ha contribuido directamente a impedir, en su día, las reparaciones que se hacían precisas para dejar a esta en condiciones de uso y habitabilidad similares a las existentes antes del inicio de los trabajos de derribo y posterior edificación. Si tenemos en cuenta que, como hemos hecho constar en el apartado C) del anterior fundamento de derecho, la resolución que se recurre sienta como hecho probado que no puede mantenerse que los actores apelados hubiesen prohibido la realización de las obras de reparación y nos percatamos igualmente de que el motivo formulado al amparo del número 5.° del artículo 1.692 se limita en su encabezamiento a denunciar la inaplicación de la doctrina de la compensación de culpas, no parece ofrecer dudas que, al intentar basarse en unos hechos contrarios a los acreditados en la sentencia recurrida, hace supuesto de la cuestión, resultando obvio que, para la aludida doctrina de la compensación de culpas pudiera llegar a aplicarse, lo primero que el recurrente hubiese debido intentar era combatir de modo adecuado, bien sea al amparo del ordinal 4.° del referido artículo 1.692, por error de hecho en la apreciación de la prueba, o bien bajo la vía del número 5.° del mismo artículo, por error de derecho, el sustrato fáctico de la sentencia del Tribunal de Apelación, al menos en cuanto proclama tal falta de oposición por parte de los actores, a las obras de reconstrucción, y al no hacerlo, procede la desestimación del motivo. No habrán de impedir la desestimación del mismo las alegaciones que en él se hacen por el recurrente, como de si en lugar de encontrarse en un recurso de casación, se hallase en una nueva y tercera instancia, presentando un relato fáctico distinto del que aceptan las resoluciones anteriores, pero sin intentar, en modo alguno, combatir este último acreditando, por cualquiera de los medios que las reglas procedimentales ofrecen, que la resultancia fáctica de aquellas puede tacharse de errónea, por lo que lo único que hace es pretender la sustitución de las conclusiones valorativas de la prueba que opera la resolución judicial recurrida, por la suya propia, tan respetable como se quiera, pero, en todo caso, parcial, interesada y ayuna de toda base probatoria.

Si del primero de los recursos pasamos al interpuesto y formalizado a nombre de don Delmiro A. C. y don Delmiro A. F., nos encontramos con un primer motivo en el que también al amparo del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil, alegando que a los contratistas que recurren no puede atribuírseles responsabilidad alguna, habida cuenta de que todos los trabajos por ellos realizados lo fueron bajo la dirección técnica del arquitecto y aparejador, motivo éste que también deberá decaer toda vez que, si tal afirmación es cierta, también lo es que la aludida dirección técnica, si bien puede responsabilizar a los que deben llevarla

a cabo, no exime de responsabilidad a los constructores, cuando incumplen sus obligaciones, realizando en forma defectuosa las obras que tienen encomendadas, y si se parte de la base de que la resolución recurrida atribuye los daños, en forma parcial, a la construcción de los elementos estructurales, a la realización de la cimentación y, como causa complementaria, a la falta de realización de algunas medidas complementarias, como las ya reseñadas de azotillar o realizar la cimentación anexa, el saneamiento de la cimentación, saneando las aguas freáticas y las demás medidas que se hubiesen creído convenientes para evitar las modificaciones de las condiciones iniciales del suelo, sin que por los recurrentes se haya ni siquiera intentado, no ya combatir, sino tampoco contradecir tales hechos, nos encontramos en un caso similar al contemplado en el anterior fundamento de derecho, en el que, contradiciendo la constante doctrina de esta Sala, se pretende hacer supuesto de la cuestión, partiendo de hechos distintos a los declarados probados, lo que debe abocar a la desestimación de este primer motivo.

Finalmente, el segundo de los motivos de este recurso se funda también, según se supone, en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alega «infracción de doctrina legal, al no tener en cuenta la reciente doctrina de ese Alto Tribunal contenida en la Sentencia de esa Sala de 10 de mayo de 1986» Ya el simple planteamiento del motivo falto del más elemental cuidado, ya que no de formalismo, que no se exige por la nueva redacción dada a la normativa procesal de la casación por la Ley. de 1984, parece que podría haber abocado a su inadmisión, y que hoy podría dar lugar a su desestimación, por cuanto cabría decir que ni una sola resolución del Tribunal Supremo integra doctrina legal, alegable a efectos del número 5.° del artículo 1.692, ni, sobre todo, concurren los más elementales principios de claridad y precisión, al no hacerse constar cuál de las varias sentencias de esa fecha es la infringida y a qué se contrae la doctrina legal que se cita como impugnada. Pasando sin embargo al fondo del motivo, y coligiendo que la doctrina que se alega como infringida es la que sostiene la calificación de una acción como culposa o negligente exige la posibilidad de la previsión por el agente de que el resultado dañoso podía originarse por omisión de aquellas diligencias que exige la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar —doctrina que parece aludir a la institución del caso fortuito—, cabe decir, que, hallándose acreditado que los contratistas recurrentes omitieron la adopción de las oportunas medidas precautorias en la ejecución de la obra de demolición del inmueble número 12, en modo alguno puede sostenerse que las lógicas consecuencias de que ello afectara, como afectó, a la estabilidad del inmueble contiguo, puedan reputarse imprevisibles, por lo que, si a ello se añade que es doctrina de esta Sala que en cuantos supuestos no sea posible determinar la proporción en la que los técnicos y los contratistas han contribuido a la causación de los daños, ha de procederse a su condena solidaria, debe incluirse que, ni en la forma, ni en el fondo, aparece este motivo como estimable.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA. RECLAMACION DE SOBREPRECIO POR INCREMENTO DE COSTE (NO PROCEDE). ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1989).

Ya el enunciado del primer motivo en que se funda el recurso denota una confusión evidente entre los conceptos de «error en la apreciación de la prueba» y de «interpretación errónea», que han de distinguir conforme a la doctrina jurisprudencial (así, Sentencias de esta Sala de 30 de junio y 24 de octubre de 1988). Se dice que este motivo se formula «al amparo del número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Emjuiciamiento Civil. Por error de hecho en la apreciación de la prueba y, específicamente, del documento número 19 acompañado con la contestación a la demanda, en cuya interpretación se han violado los artículos 1.281, 1.283 y 1.289 del Código Civil» y, en su desarrollo, se razona la tesis de que el presupuesto de obras (documento número 19), «que es donde se plasma el contrato de ejecución», no establece un precio alzado, por lo que no sería aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código Civil, siendo, por tanto, obvio que no se está invocando ante esta Sala un error del Tribunal *a quo* al apreciar la prueba con base en el documento referido, con lo cual se desborda el ámbito propio del número 4.° del artículo 1.692. Lo cierto es que, en definitiva, la Sala de Apelación se atuvo a lo que resulta del presupuesto de obra y declaró probado que el precio de ésta ascendía a 12.351.039 pesetas, que es exactamente el total consignado en aquél, con lo que ningún error en la apreciación de la prueba es posible atribuirle. Cuestión distinta es la discrepancia del recurrente sobre la interpretación de lo pactado —si hubo o no precio alzado y las consecuencias jurídicas que hayan de inferirse— en relación con lo dispuesto en el citado artículo 1.593, cuya vía procesal no es otra que el número 5.° del mismo artículo 1.692, por todo lo cual es procedente la desestimación del motivo examinado.

Lo propio sucede respecto al segundo motivo del recurso, también referido al artículo 1.692-4.° y al mismo documento número 19, si bien trata de que en su «interpretación se ha violado la aplicación del principio de *bona fides* declarado por la jurisprudencia aplicable en materia de interpretación de los contratos». Sólo ha de reiterarse, para concluir desestimándolo, lo razonado respecto al anterior, pues la alegación de que el coste de la obra fue muy superior al presupuesto no significa en absoluto que la Sala de instancia incurriera en error en la apreciación de la prueba basado en un documento, como es el presupuesto inicial, que se limita a fijar el precio de la obra.

El tercer motivo del recurso se ampara en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y alega «interpretación errónea del artículo 1.593 del Código Civil e inaplicación del artículo 3.° del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto». La Sala de instancia desestimó parcialmente la pretensión de don José María E. S. E., ahora recurrente, por entender que «la correcta aplicación del artículo 1.593 del Código Civil exige la clara diferenciación entre el "ajuste alzado" y el "aumento de precio" cuando se produzca "aumento de obra", autorizado por el propietario» así como que, según el resultado de la prueba pericial, «una cantidad importante del precio exigido por el demandante se debe a defectos del proyecto inicial, y tal cantidad, que se aproxima a los cinco millones, no es exigible al demandado en virtud de lo establecido por el artículo 1.593 del Código Civil en su primera parte», o sea que se reconoce que el coste de la obra realizada para don Miguel A. G. excedió considerablemente del previsto en el presupuesto, pero no admite la exigibilidad de la diferencia, aunque sí la

conectada con las que denomina «mejoras», valoradas pericialmente en 5.821.000 pesetas, que son las propiamente incluibles en el concepto de «cambio» a que hace referencia el artículo 1.593 *in fine*. Abstracción hecha de la valoración de la prueba pericial, no sujeta al control de la casación (Sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1988, reiterativa de una doctrina constante), es preciso advertir cómo la argumentación del recurrente en este motivo consiste esencialmente en que el importe del desafase producido entre el precio pactado y el coste real debe, en todo caso, ser abonado por el dueño de la obra, y no soportado por el contratista, por tener origen en errores del arquitecto que confeccionó el presupuesto. Así planteada la cuestión, ha de resolverse del modo como lo hizo al Tribunal *a quo*, en atención a lo siguiente: A) El denominado «Proyecto de pabellón industrial para don Miguel A. en Abadiano (Vizcaya)» —documento número 19— contiene, en realidad, la fijación de un precio alzado para la obra —12.531.039 pesetas—, aunque el mismo figure desglosado en distintas partidas, pues no ofrece duda que se contempla «la obra como un conjunto» (Sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 1986) a realizar por el precio indicado, siendo irrelevante que se consignen partidas como «Movimiento de tierras», «hormigones», «Albañilería», «Carpintería», «Electricidad», etc., cuyo único significado es el de explicar y justificar el *quantum* en definitiva señalado como importe total del precio; B) El contratista se comprometió, por ende, a realizar la obra por un precio alzado y el coste superior debe imputarse a su cargo conforme a la regla general del artículo 1.593, salvo el caso de «cambio» en el proyecto, no identificable con diferencias de coste en el inicial, aunque sean atribuibles a defectos técnicos del mismo. Ha de tenerse asimismo presente que el contratista, por su profesión, está en la mejor posición para calcular el coste de la obra y detectar cualquier error en el presupuesto, aunque lo haya confeccionado el arquitecto; C) De lo contrario, se desvirtuaría la operatividad propia de cualquier presupuesto y el «precio alzado», cuya característica es la invariabilidad, derivaría, a consecuencia de errores no imputables al dueño de la obra, a un precio indeterminado previamente fijado, en último término, sobre la base del coste real de la obra, lo que contradice la esencia de lo pactado; D) Esta interpretación del artículo 1.593, el cual se refiere expresamente al contratista y no sólo al arquitecto, es conforme al «sentido propio de sus palabras» (artículo 3.º-1 del Código Civil) en cuanto veda los aumentos de precio salvo «cambio en el plano», equiparable a alteración de lo proyectado, y pondera la equidad en su aplicación en la medida que sólo impone al contratista las consecuencias de una apreciación propia y de su compromiso de realizar la obra conforme al presupuesto inicial, que no deben ser afrontadas por la otra parte contractual, pero le libera de soportar el coste de las modificaciones del proyecto, que deberá ser abonado por el dueño de la obra siempre que las haya autorizado, y E) Tampoco puede razonablemente afirmarse que el dueño de la obra se enriquezca injustamente, ya que, si bien es cierto que abonará un importe inferior al real, ello es consecuencia del contenido obligacional del contrato y de su regulación legal y, ha de insistirse, no puede ser constreñido a pagar la diferencia consecuente a una previsión equivocada del contratista, quien sí se enriquecería injustamente si el precio alzado tuviera sólo la consideración de un mínimo revisable, lo que implicaría un desplazamiento a la otra parte del riesgo industrial ínsito en su actividad; de todo lo cual se sigue la inviabilidad del motivo estudiado.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA: RESPONSABILIDAD POR RUINA (DE ARQUITECTO). ERROR DE HECHO (NO EXISTE). CUESTION NUEVA (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1989).

Los motivos primero y segundo tienen de común, no ya el que se amparen en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Emjuiciamiento Civil sino que en uno y otro se trata de combatir el resultado al que llega el juzgador respecto a la prueba pericial obrante en autos; por el primero, cuyo enunciado es sobradamente confuso puesto que si en principio pudiera parecer se trata del error de hecho propio de la causa cuarta del precitado artículo ya que dice «error en la apreciación de la prueba que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», sin embargo no hay cita de documentos como sería lo indicado, pero tampoco hay, si como error de derecho se tratare, cita de preceptos valorativos de prueba que correspondiesen a la que se trata de impugnar; el motivo discurre, tras ya la concreta acusación de que "la Sala sentenciadora yerra como consecuencia de la incompleta e incorrecta apreciación de la prueba pericial practicada en autos", como si de una controversia técnica se tratase, bajo el prisma de sus subjetivas apreciaciones que quiere hacer prevalecer sobre las conclusiones a las que llega el juzgador de instancia, incluso rozando a veces el campo jurídico como cual ocurre con la cita del artículo 1.104 del Código Civil extemporánea e improcedente, para terminar afirmando que «la sentencia impugnada incurre en error por no apreciar y valorar los hechos obrantes en el proceso conforme a los cuales resulta destruida la presunción de culpa en cuanto que los mismos revelan innegablemente la existencia de la diligencia por parte del arquitecto demandado adecuada a las circunstancias concurrentes en el caso»; mientras el segundo denuncia la «infracción del artículo 1.243 del Código Civil y en relación con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que se ha interpretado erróneamente el alcance y contenido de estos preceptos»; sabido es que el artículo 1.243 del Código Civil remite en cuanto al valor y la forma de practicarse, la prueba pericial a las disposiciones de la Ley de Emjuiciamiento Civil y concretamente en aquel primer aspecto al artículo 632 de dicha Ley conforme al cual «los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos»; pero es que el recurso lo acusa al juzgador, con cierto y recusable desenfado lo es el llegar «a una conclusión que el perito no llega, sino que incluso afirma algo totalmente opuesto», claro es que llega a conclusión contraria, pero lo es en razón y fundamento de pruebas e informes que la justifican y asi es de ver, que el juzgador parte de lo afirmado por el perito señor C.: «estas deficiencias son debidas a corrientes de agua existentes en el subsuelo que hayan podido alterar la capa freática y a "asientos diferenciales", ajenos a las previsiones del técnico proyectista quien además se asesoró, para verificar los cálculos y sistemas de cimentación, mediante informes solicitados a la empresa especializada "Asturiana de Sondeos, S. A.", pero consecuentemente no queda ahí su análisis, sino que aparte de considerar que el responsable único por vicios del suelo es el correspondiente arquitecto que, en consecuencia, asume como propias las definiciones derivadas «de los inadecuados estudios geológicos que pudieran haber realizado terceros no viculados contractualmente con la promotora o dueña de la obra», es que teniendo en cuenta el hecho notorio de tratarse de suelo ganado al mar precisó por tanto de previsiones especiales y las mismas no fueron adoptadas, «es indudable que de tal fallo ha de responder el mencionado profesional», y como tras

del examen de un informe aportado con el escrito de demanda, oportunamente ratificado mediante información testifical, como otro obrante en expediente administrativo incorporado a los autos como prueba documental, se atribuye a defectos de cálculo y de construcción y «posiblemente, a asientos diferenciados, sin que pueda pretenderse considerar las consecuencias perniciosas de éstos, de producirse, como meramente fortuitos, como parece pretender aquel perito, a no ser interviniera en su desencadenamiento un hecho imprevisible, cuya concurrencia no consta, que obliga a no tomar en consideración dicho dictamen en el que no se detallan, de forma indudable, las causas de la ruina, a diferencia de lo que ocurre con las otras pruebas», de todo lo que concluye el juzgador de instancia la procedente condena del arquitecto demandado, es revelador de aquella que resulta gratuita acusación, puesto que con buen criterio considera el informe del perito señor C., por la mayor fuerza argumental y consiguientemente probatoria de aquellos otros elementos de los que se hace un detenido examen y valoración, por lo que en verdad no cabe decir se infrinja el invocado precepto; en consecuencia, por lo razonado y expuesto respecto a cada uno de los motivos, procede la desestimación de ambos.

El tercero de los motivos, amparado en la misma causa que la de sus anteriores, al denunciar la infracción del artículo 1.591 del Código Civil por «considerar que la ruina del edificio se debió al arquitecto director por vicio del suelo», no está haciendo sino un supuesto de la cuestión, como consecuencia lógica de la que hubiera sido estimación de los anteriores motivos; en tal sentido se afirma que «ya ha quedado expuesto en los motivos anteriores y demostrado por la prueba pericial que el sistema de cimentación y cálculo del edificio, adoptado con arreglo a los estudios geotécnicos previos, fue correcto y funcionó satisfactoriamente hasta el inicio de las obras en los solares adyacentes del edificio de autos»; pero es el caso que desvirtuada tal alegación, la desestimación de los motivos anteriores provoca consecuentemente la de este tercer motivo; pues tampoco puede ser considerada esa, que resulta nueva alegación, posible responsabilidad de obras en solares adyacentes, que por ser nueva no ha de tener acceso a la casación.

R. DE A.

TERCERIA: NO HA LUGAR. CONSTITUCION SIMULADA DEL TITULO DEL TERCERISTA. EXCEPCION DE NULIDAD: NO ES RECONVENCION. LA ADQUISICION DEL TERCERISTA DEBE SER ANTERIOR AL EMBARGO (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1989).

La sentencia impugnada se basa en las siguientes declaraciones de hecho: 1) El padre del tercerista era dueño de dos fincas urbanas, por larga posesión en concepto de dueño y por haberlo así manifestado a la Caja de Ahorros demandada, por escrito, a efectos de conseguir un crédito de tal entidad. 2) Concedido el crédito fue impagado por el padre del actor. 3) Como consecuencia del impago, la Caja de Ahorros promovió juicio ejecutivo contra el padre del actor a quien le fueron embargadas, en diligencia judicial de fecha 13 de julio de 1985, las dos fincas citadas. 4) Estas fincas no estaban inscritas a nombre del ejecutado padre del demandante, sino al de su anterior propietario quien, por indicación del

ejecutado otorga en favor de su hijo, el demandante tercerista y en connivencia con éste, escritura pública en fecha 26 de noviembre de 1985, que se inscribe en fecha 10 de marzo de 1986. 5) Como las fincas nunca estuvieron inscritas a nombre del ejecutado, sino del anterior propietario, antes del juicio, y de su hijo, el tercerista, después, el embargo nunca pudo ser anotado en el Registro de la Propiedad.

Como consecuencia de lo anterior la Sala de apelación rechaza la demanda de tercería planteada por el hijo del ejecutado, dada la conclusión de que su titularidad sobre los bienes embargados, es ficticia, por simulación.

El primer motivo del recurso se basa en el artículo 1.692-3.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 688 de dicha Ley, ya que la demandada Caja de Ahorros, planteó, en la contestación a la demanda, la nulidad, por inexistencia, del título que confería al actor la propiedad de las fincas embargadas, al ser simulado. Se dice que, a esta petición, que es de fondo reconvencional, no se le dio el trámite propio de la reconvención. Debe advertirse que la nulidad, por simulación, fue alegada como excepción única, como es posible alegar la nulidad radical, según reiterada jurisprudencia (Sentencias de esta Sala de 7 de diciembre de 1885, 14 de enero de 1956, 14 de junio de 1962, 31 de enero y 27 de marzo de 1963, 8 de octubre de 1964, 25 de mayo de 1987 y 6 de octubre de 1988, entre otras), aplicable a la simulación (Sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1988), pues, aun cuando, si es total, su consecuencia es la declaración de inexistencia, tal declaración tiene, en la práctica, si en el proceso están presentes todos los afectados, las mismas vías de postulación que la declaración de nulidad. Por otra parte, el proceso, en sus alegaciones y pruebas, ha versado sobre este tema exclusivamente, por lo cual, en ningún caso podría apreciarse la indefensión, que es la razón de ser legal del motivo alegado (Sentencias de esta Sala de fecha 7 de febrero de 1986, 19 de febrero, 14 y 22 de mayo de 1987, entre otras).

El motivo segundo se ampara en el artículo 1.692-4.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tercero, por el número 5.° del citado artículo, relacionados con los artículos 1.218 del Código Civil, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, en la exposición. La base común de ambos motivos es la afirmación de que debe prevalecer la escritura pública y la apariencia registral, en la apreciación de la prueba. Como consecuencia, respetando la legislación aplicable, debe estimarse la tercería en cuantos tales documentos impiden que siga la vía de apremio, debiendo alzarse la traba. Esta argumentación se opone a la doctrina de esta Sala y a los dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 7.1 del Código Civil (exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos), por las siguientes razones: 1) Las escrituras públicas dan fe de su fecha y del hecho que motiva su otorgamiento, pero no de su veracidad interna, si viene eficazmente desvirtuada por otras pruebas en la apreciación conjunta, que es potestad del Tribunal de instancia (Sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 1987, 13 de mayo y 27 de septiembre de 1988, entre otras), como en este caso ha ocurrido, pues el actor no pudo probar pago de precio, frente a la continuada posesión de las fincas por su padre y la manifestación que éste hizo a la Caja de Ahorros de que tales fincas eran suyas. De modo que el padre del actor se limitó a poner a nombre de éste unas fincas, para eludir su responsabilidad. Por lo tanto produjo un negocio totalmente simulado, y no convalidable por la inscripción registral (art. 33 de la Ley Hipotecaria). 2) La diligencia de embargo es anterior a la adquisición aparente del actor, en connivencia con su padre que, naturalmente se allanó a la tercería y que es quien hubiera debido aparecer como comprador, si se hubiera

respetado la situación real. Por tanto, el actor no es un tercero de buena fe ni, propiamente, un tercerista, pues adquiere la titularidad con posteriodad al embargo conocido por él, cuya eficacia inicial es indiscutible y además podía acceder al Registro de la Propiedad, por exigencias del principio de legitimación registral, al estimarse la excepción de nulidad como lógica consecuencia implícita (Sentencias de esta Sala de fecha 5 de mayo de 1986 y 6 de julio de 1987, entre otras). 3) Si no se acredita la propiedad del bien embargado, como ocurre en este caso, no es posible dar lugar a la tercería (Sentencias de esta Sala de fechas 26 de junio de 1979, 18 de julio de 1983, 26 de junio y 17 de diciembre de 1984, 20 de febrero y 21 de noviembre de 1987 y 28 de abril y 25 de mayo de 1988, entre otras), sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la sentencia, que no ha sido recurrida por la ejecutante, pero que deja a salvo los derechos de auténticos terceros de buena fe y las posibles responsabilidades, incluso penales, si se dispone de un bien ajeno o gravado, como libre e indemnizaciones que se puedan pretender, si se estima culpable la dilación impuesta al ejercicio normal de los derechos, debida a una actitud contraria a la buena fe.

R. DE A.

CONTRATO DE CONCESION. RESOLUCION POR ESTAR LA CONCESIONARIA BAJO ADMINISTRACION JUDICIAL (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1989).

En el primer motivo del recurso se alega la infracción de los artículos 1.255, 1.256 y 1.258, en relación con el 1.281-1.° y 1.283, todos del Código Civil, al entender en esencia la parte recurrente, que la libertad contractual sancionada en nuestras leyes, así como la bilateridad y el perfeccionamiento consensual de pacto obligatorio, han sido incorrectamente interpretados en la resolución impugnada, al subsumir el juzgador la resolución dictada por el Juzgado de Instancia número 5 de Málaga en 20 de diciembre de 1984, en la cláusula 17 letra *e)* apartado iii) del contrato de concesión del auto de procesamiento dictado en el sumario número 89/1984 del mencionado Juzgado contra don José H. G. y don Emilio H. Y., se acordó «el embargo e intervención de la empresa "Automóviles Higueras, S. A.", continuando su actual administración»; resolución que motivó la carta de la entidad demandada «Ford España, S. A.» de fecha 24 de enero de 1985, del tenor literal siguiente: «Por la presente les comunicamos que nos vemos en la obligación de dar por terminado el contrato de concesión vigente con esta Sociedad, con efectividad inmediata, en base a la cláusula 17, *e)*, iii) del mismo», norma general que viene referida a la rescisión del contrato, con efectividad inmediata, cuando el concesionario incurra: «En insolvencia o suspensión de pagos, declaración voluntaria de quiebra..., nombramiento de administración judicial, temporal o permanente de sus bienes... A los efectos de este contrato, insolvencia significará que el pasivo supera al activo, así como la imposibilidad de pagar las deudas a su debido tiempo.» El Tribunal *a quo* entendió, a la vista de los textos transcritos, que la entidad demandada había procedido correctamente rescindiendo, con efectividad inmediata y unilateralmente, el contrato de concesión, apreciación que resulta correcta, ya que ese «embargo e intervención» acordada en vía penal, resulta obligado ponerla en relación con lo dispuesto en

los artículos 1.419 y siguientes de la LEC, medidas cautelares aseguratorias referidas a los establecimientos industriales, fabriles o mercantiles, que se contraen a la intervención y control judicial de las explotaciones de tales bienes, y en los cuales procede el nombramiento de un interventor, manteniendo la administración de la empresa, pero obligando a suspender la ejecución de cualquier acto de explotación de la finca; sin previo conocimiento del interventor; actividad de supervisión que conceptual y legalmente se corresponde con la «administración judicial, temporal o permanente de sus bienes» de que habla la cláusula contractual, al ser éste uno de los procedimientos que la ley arbitra para poder llevar a cabo la intervención judicial en la administración y explotación de esta clase de bienes, operando en paridad con lo también establecido en el Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre, sobre «Administración Judicial en caso de embargo de empresas», donde tampoco es indispensable la sustitución de la administración, pero sí el concurso de los interventores que controlan esta administración. Correcto criterio el mantenido por la Sala de instancia, que se ve reforzado con la concurrencia probada de una notoria insolvencia de la empresa concesionaria, dejando de pagar deudas cuantiosas a su debido tiempo; y no cabe aducir, como pretende el recurrente, que esta causa de insolvencia no fue alegada por la empresa demandada, ya que los términos genéricos de la carta de fecha 24 de enero de 1985, comprenden todos los supuestos que contiene la analizada cláusula contractual. Por lo expuesto debe rechazarse este primer motivo.

El segundo debe seguir igual suerte adversa, pues no se puede olvidar que la sentencia que se combate en casación es la de segunda instancia, no la que dictó el Juzgado resolviendo en primer grado jurisdiccional, y el motivo que analizamos combate una argumentación que figura en esta última sentencia, y que la Sala de apelación no recoge de un modo concreto y específico en su resolución. La remisión genérica que figura en el fundamento primero de la sentencia impugnada, no puede servir de base suficiente para fundamentar el presente motivo, cuando en el desarrollo posterior del recurso, se emplean argumentaciones sobradamente suficientes, sin aludir para nada a la cita y a la argumentación que aquí se pretende combatir.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLE: RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR. NO ES JUSTIFICACION DEL IMPAGO DEL PRECIO LA FALTA DE TITULARIDAD REGISTRAL DE LA VENDEDORA (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1989).

El presente litigio tiene como objeto la resolución de un contrato de compraventa de locales de negocio hecho en escritura pública otorgada el 21 de septiembre de 1982, y cuyo precio de 4.284.000 pesetas, se obligó la compradora a pagar en dos plazos de 1.400.000 pesetas y un tercero de 1.487.000 pesetas, de los que sólo satisfizo el primero. Solicitada por los vendedores la resolución, tras el requerimiento exigido por el artículo 1.504 del Código Civil, no compareció la demanda en ninguna de ambas instancias y la Audiencia, rectificando el criterio del Juzgado, condenó a la resolución contractual y su sentencia se impugna en casación por los motivos que a continuación se analizan.

El motivo primero, al amparo del número 4 del artículo 1.692, denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del juzgador y no están contradichos por otros elementos de prueba. Como documento cita el requerimiento de pago formulado por los vendedores, de 6 de septiembre de 1983, que según la recurrente no se hizo en los términos precisos para producir el efecto legal. Denuncia «desajuste *ilegal* entre los términos del contrato de compraventa y los términos del requerimiento». No niega pues, el recurrente, ni el impago del requerimiento, sólo discute el alcance y efectos jurídicos de éste, lo que no es posible por vía del número 4 del artículo 1.692, a cuyo amparo sólo cade denunciar errores de apreciación de pruebas, resultantes de documentos pero no aspirar a que los documentos aportados se interpreten de modo distinto al juzgador de instancia. Decae pues el motivo sin que sea atendible la indicación formulada *in voce* de que el número 4 se señaló por error, pues no hay error cuando con base rigurosamente análoga se formulan motivos independientes y con base en el número 5 del artículo 1.692.

Los motivos 2.° y 4.°, por la misma vía del número 4 del artículo 1.692, acusan a la sentencia de padecer el error de estar fundada en la falta de voluntad real de cumplimiento del contrato por parte de los recurrentes. Pretende la sociedad recurrente, sin que haya formulado alegación alguna en los plazos preclusivos de alegaciones, y sin haber propuesto prueba alguna tendente a desvirtuar las alegaciones contrarias, que su impago obedeció a la imposibilidad de obtener crédito hipotecario con garantía de la propia finca adquirida, por no figurar inscrita a nombre de los vendedores. Y el motivo 3.°, por idéntico cauce, insiste en sostener que no existió voluntad de incumplimiento, lo que pretende acreditar con la cita, como documento, de la contestación dada a un requerimiento de pago hecho por los vendedores, y con la cesión de letras de cambio que en su día se hizo a favor de los vendedores pero que no fueron atendidas a su vencimiento. En definitiva, a todos los motivos, les son aplicables las declaraciones jurisprudenciales de esta Sala, conforme a las cuales: *a)* no puede prosperar por la vía de error del número 4 el motivo que pretende cambiar el criterio interpretativo de la Sala por el subjetivo e interesado de la parte; *b)* apreciadas conjuntamente las pruebas no pueden desvirtuarse las conclusiones fácticas con análisis de datos aislados, y *c)* los llamados por la recurrente documentos no tienen ninguna virtualidad a efectos del recurso porque de ellos no se desprende el error denunciado. Se mantienen por tanto los fundamentos fácticos de la sentencia que son el impago y la voluntad renuente de efectuarlo como lo demuestra el hecho de que ante esta Sala se ha ofrecido el dinero que la contraparte ha rechazado. Ningún dato permite atribuir relación jurídica alguna entre el impago y la titularidad registral.

Los recurrentes formulan tres motivos por el cauce del número 5 del artículo 1.692, en los que, en definitiva, vuelven a sostener que no hubo incumplimiento, que el impago derivó de la imposibilidad de hipotecar la finca y que el requerimiento de pago que se les dirigió no se refería a las pesetas que pendían de entrega, y que, en consecuencia, no hubo incumplimiento por lo que se infringieron los artículos 1.124 y 1.504. Los tres motivos han de decaer, porque incólumes los hechos del impago y la voluntad renuente por parte de la compradora, no cabe apreciar infracción alguna de dichos preceptos.

El último motivo, al amparo del número 5 del artículo 1.692 sostiene infracción de los artículos 1.091 y 1.258 del Código Civil, y jurisprudencia que los interpreta, contenida en otras en las Sentencias de 11 de junio de 1951 y 25 de

septiembre de 1957. Acusan a la sentencia de ignorar que los contratos obligan además de lo expresamente pactado a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, pero no aparece razón alguna para concluir que la sentencia haya ignorado o violados unos preceptos, que alegados ahora por primera vez ninguna conexión tienen con los hechos de autos, que se insiste, una vez más, ponen de manifiesto el impago de los bienes adquiridos sin que medie razón o excusa alguna legal.

R. DE A.

TERCERIA DE DOMINIO: NO HA LUGAR, POR HABER ACREDITADO EL TERCERISTA SU ADQUISICION DE PROPIEDAD. TRADITIO FICTA *(DOCTRINA JURISPRUDENCIAL)* (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1989).

La tercería de dominio a que las presentes actuaciones se contraen la dedujo el ahora recurrente don Pedro L. L., contra la entidad aquí recurrida «Banco Guipuzcoano, S. A.» en su calidad de demandante en los autos de juicio ejecutivo 1.254/1982 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza y, también contra los ejecutados en dichos autos por don Adolfo O. A. y don Jacinto O. A. y la mercantil «Continental de Comercio Exterior, S. A.», con fundamento en que era propietario de la finca embargada en las mencionadas actuaciones de juicio ejecutivo por haberla adquirido con fecha 25 de noviembre de 1981, por compra al señor O. A., como constaba en el documento que acompañaba con su demanda de tercería y del que resulta que lo fue objeto de la conversión era un «terreno de una extensión aproximada de 15.000 metros cuadrados, vallado, más otro terreno anexo de 6.000 metros cuadrados aproximados de extensión, y un edificio chalet de una extensión aproximada de unos 1.000 metros cuadrados, edificado sobre dicho terreno, y además edificios auxiliares, tales como garaje, vivienda ocupada por un peón agrícola, depósito de agua y demás edificios auxiliares», procediendo resaltar desde ahora por la trascendencia que puede significar al efecto de la resolución del recurso la circunstancia de que en ninguna de las cláusulas del contrato de compraventa privadamente instrumentado y a que se ha hecho mérito, se expresa que el comprador por el solo acto de su otrogamiento entrara en posesión de la finca y sí, por el contrario, que no tendría derecho a exigir el otorgamiento de la correspondiente escritura pública hasta que hubiera satisfecho la totalidad del precio pactado, fraccionado para su pago en los plazos que se concretan en la cláusula 3.ª del contrato, en el que, por demás, y bajo la expresión «cláusulas adicionales», se añade que «ambas partes pactan que don Adolfo O. A. y su esposa doña María Jesús D. V., podrán utilizar y hacer uso del chalet objeto de esta venta durante el período de veinticuatro meses sin pagar renta ni merced alguna».

Tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia, que confirmó en su integridad los pronunciamientos de aquélla, desestimaron la demanda de tercería, en razón a no haber justificado el actor que operara a su favor la tradición de la cosa vendida, combatiéndose por éste, a través de cinco motivos, la procedencia del pronunciamiento dicho, formulando los cuatro primeros motivos con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el último por el cauce del número 4.º del propio artículo, lo que impone

su preferente análisis habida cuenta de la trascendencia que puede determinar la decisión estimatoria o desestimatoria que sobre el mismo recaiga.

Con el amparo procesal dicho del número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deduce el quinto motivo del recurso, tachando a la resolución impugnada de haber incidido en error en la apreciación de la prueba y señalando como documento, supuestamente demostrativo de tal error, el privado de compraventa de fecha 25 de noviembre de 1981; cláusulas adicionales de la misma fecha y diligencia judicial de reconocimiento de firmas de 30 de noviembre de 1981, demostrativo, según tesis del recurrente, de que el comprador había entrado en posesión de la cosa vendida, como lo acreditaba el hecho de que había cedido en precario dicha posesión durante veinticuatro meses al vendedor y su esposa, lo que, a su juicio, según expresa textualmente al desarrollar el motivo «supone un acto de disposición de la posesión por lo que necesariamente ha de deducirse que había recibido la posesión anteriormente». El motivo ha de ser desestimado por cuanto: *a)* como ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias que por conocidas se hace innecesaria su cita, el documento que sirva de fundamento al motivo que se articule por el cauce procesal antes citado, ha de demostrar sin necesidad de interpretaciones, deducciones o hipótesis el error del juzgador en la apreciación de la prueba, lo que no acontece en el supuesto que aquí se enjuicia en que el propio recurrente expresa hay que partir de «suposiciones y deducciones» para fijar el hecho de que al comprador se le hizo entrega en el acto del otorgamiento del documento privado de la posesión de la cosa vendida; *b)* del contexto del documento privado no resulta, como se puso de relieve en el primer fundamento de derecho de esta resolución y por las razones que en el mismo se expresan que de su clausulado pueda extraerse la conclusión de entrega de la posesión que el recurrente pretende fue efectuada; *c)* por el contrario, los elementos probatorios obrantes en autos que el 7.° considerando de la resolución impugnada pormenorizadamente resalta, ponen de manifiesto una actitud del vendedor que contradice la entrega de la posesión de la cosa que por la parte recurrente se le atribuye, y *d)* de la cláusula adicional, a que también se hizo mérito en el primer fundamento de derecho de esta sentencia, tampoco resulta con el carácter de literosuficiencia que la jurisprudencia exige que la cosa hubiera sido puesta en poder y posesión del comprador, ya que la referida cláusula constituye uno de los pactos de la conversión como lo demuestra el hecho de que comienza expresando: «Ambas partes pactan», por lo que no es dable atribuirle el carácter de una concesión graciosa del uso y disfrute de la cosa por parte del comprador.

El rechazo del analizado quinto motivo y los razonamientos expuestos para desestimarlo conllevan el decaimiento del motivo primero del recurso en el que, por el cauce del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la interpretación errónea por la sentencia recurrida del párrafo 2.° del artículo 609 del Código Civil, partiendo de la argumentación de que según se deducía del documento privado de compraventa y con particular relieve de su cláusula adicional había mediado la tradición de la cosa determinante de la adquisición del dominio por el comprador, argumentación que no puede invalidar la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que no medió la tradición de la cosa vendida, en primer lugar, porque es un tema de hermenéutica contractual que, en su caso, podría determinar la vulneración de los preceptos del Código Civil —artículos 1.281 a 1.289— atinentes a la interpretación de los contratos y, en segundo lugar, porque no denuncia una incorrecta interpretación del contrato y desestimado el quinto motivo del recurso, la afirmación fáctica de

la sentencia recurrida que con el motivo se cuestiona ha quedado incólume en este trámite casacional lo que determina no incidiera en la infracción por interpretación errónea del párrafo 2.° del artículo 609 del Código Civil en que el motivo se fundamenta.

El párrafo 2.° del artículo 1.462 del Código Civil cuya infracción por inaplicación, se acusa en el tercer motivo del recurso, y la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 1957 respecto a la *traditio ficta* en la compraventa, en relación con el propio artículo del Código substantivo que se aduce fue también infringido, por inaplicación, en el segundo motivo, se verifica con base en la alegación de que operó una *traditio ficta* de la posesión a favor del comprador, como lo demostraba el contenido del documento privado de 25 de noviembre de 1981 y lo expresado en la cláusula adicional del mismo, aseveración que al carecer de la imprescindible base fáctica que le hubiera podido servir de apoyo hace supuesto de la cuestión, habida cuenta de que la afirmación de la sentencia recurrida de que no se produjo la entrega de la cosa vendida, no ha sido desvirtuada ni por el cauce del ordinal 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, demostrando el error en la apreciación de la prueba de que se acusó en la sentencia recurrida en el antes desestimado motivo quinto, ni se ha aducido en el recurso por la vía del número 5.° del citado artículo de la Ley Procesal la vulneración de los preceptos del Código Civil atinentes a la interpretación de los contratos, razón por la que la sentencia de la Audiencia, al contemplar un supuesto de hecho distinto al que el recurrente pretende, no infringió, por inaplicación, el párrafo 2.° del artículo 1.462 del Código Civil ni la doctrina legal interpretativa de su alcance, puesto que la venta no se hizo mediante escritura pública, ni del documento privado en que se instrumentó puede deducirse la entrega de la posesión de la cosa. En consecuencia, articulados los dos motivos en análisis con amparo procesal en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone un rechazo, dado que la vía elegida para su formulación no es hábil para desvirtuar las afirmaciones de la resolución combatida que sirven de fundamento a su fallo.

Igual suerte adversa corresponde al cuarto motivo del recurso, último que resta por analizar, ya que formulado con amparo procesal en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de lo establecido en el artículo 1.253 del Código Civil, de que acusa a la sentencia de la Audiencia, por aplicación indebida de dicho precepto, carece en absoluto de trascendencia, habida cuenta de que la argumentación contenida en su séptimo considerando, en el que invocando lo dispuesto en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil se sientan unos «hechos» y se extraen conclusiones de los mismos, sólo constituye un *obiter dictum* como lo demuestra la circunstancia de la expresión «a mayor abundamiento» que emplea, a todo lo que es de añadir que con el motivo no se cuestiona ni podía cuestionarse, dada la vía elegida, la realidad de los hechos base que sirven de fundamento a la resolución impugnada para sentar la conclusión de que el demandado señor O. no entregó la posesión de la finca al actor, ni aún después del 8 de septiembre de 1982 y que, por demás, la conclusión dicha en relación con los hechos de los que se deduce es racional y acomodada en un todo a las reglas de la sana lógica y buen criterio, razones por las que el fallo combatido no infringió por inaplicación indebida el precepto que en el motivo se supone vulnerado.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR (PROCEDE) (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1989).

Promovida por doña Amelia M. T. ante el Juzgado número 9 de los de Madrid demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Luis Fernando P. E. y doña Beatriz C. G., sobre resolución de contrato de compraventa, con fecha 26 de septiembre de 1987, recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 27 de junio de 1985, se estimaba la demanda y declaraba resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los litigantes, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que la actora doña Amelia M. T. es propietaria del piso cuarto B, de la casa número ... del paseo de Santa María de la Cabeza, de Madrid, de 133,74 metros cuadrados útiles y 149,73 construidos, la que adquirió por compra en escritura notarial de 4 de julio de 1978, inscrita en el Registro de la Propiedad número 13 de Madrid, al tomo 507, libro 424, folio 91, finca 20.472, inscripción cuarta; B) en documento privado de fecha 26 de octubre de 1983 se convino la venta de dicho piso a los demandados don Teodomiro G. G. y su esposa doña Beatriz C. G. por precio de 6.300.000 pesetas a satisfacer en plazos, 400.000 con anterioridad a la firma, 500.000 en el acto de la suscripción del documento, 800.000 a los diez días de firmado el contrato, 100.000 a abonar el 5 de enero de 1984 y 4.500.000 a los tres meses mediante préstamo hipotecario; C) no obstante manifestar el vendedor que la finca se encuentra libre de cargas, gravámenes, inquilinos y a corriente de contribuciones e impuestos, por su procedencia de la finca matriz, 8.158, de la sección 2.ª, registral, se encuentra gravada, en la proporción correspondiente a su cuota comunitaria de 3,452 por 100, por una hipoteca a favor del Estado, representado por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional en garantía de la devolución de un préstamo de 2.247.200 pesetas, que en la fecha del contrato de venta se encuentra pendiente de amortizar en la cantidad de 1.657.371 pesetas, y, en su individualización sobre la vivienda vendida, supone, con arreglo a su coeficiente de propiedad, la cantidad de 57.212,44 pesetas; D) tal circunstancia era conocida por los compradores y aceptado por éstos que, dadas las dificultades administrativas que supondría la cancelación o división de la hipoteca, tal cantidad se reduciría del total del precio, y se abonarían los intereses y amortizaciones a través de la comunidad de propietarios de la finca; E) los demandados tomaron posesión del piso referido inmediatamente a la firma del contrato y continúan ocupándolo a la fecha actual sin satisfacer los gastos de comunidad, ni impuestos ni tributos; F) los compradores, a cuenta del total precio, solamente han hecho efectiva la cantidad de 900.000 pesetas; G) en acto de conciliación celebrado el 16 de abril de 1984 ante el Juzgado de Distrito número 3 de los de Madrid, se requirió a los compradores demandados al pago de las cantidades vencidas y no satisfechas del precio en plazo de quince días y de no hacerlo se ejercitarían las acciones judiciales que la asistan para la resolución de la compraventa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código Civil; H) en dicho acto opusieron los demandados que el piso estaba gravado con hipoteca, que la vendedora ofreció el logro de un préstamo del Banco Hipotecario, que han estado a punto de ser desalojados por un pariente de aquélla y que han sido doblemente engañados, e I) que no se aprecia incumplimiento alguno por parte de la vendedora de las obligaciones contraídas en el contrato de compraventa puesto que los vendedores conocían la existencia de la hipoteca y su escaso importe en relación con el precio, así

como la forma de satisfacer sus amortizaciones e intereses y su deducción en la liquidación final de tal precio, sin que el vendedor contrajera obligación alguna en orden al préstamo hipotecario a contratar por él o por los compradores, a la que no afectaba la existencia de la primera hipoteca oficial.

El motivo único del recurso se formula al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.214, en relación con el 1.504, ambos del Código Civil, que se estiman infringidos por indebida aplicación e interpretación, ya que, según se dice por el recurrente, para la efectiva resolución contractual es necesario un verdadero y propio incumplimiento del contrato y que el mismo descansa en causas imputables al deudor, siendo necesario también que quien ejercite tal derecho haya cumplido puntualmente las correspondientes obligaciones, y debe ser rechazado porque si, como una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado, la determinación de si una parte ha incumplido y la otra, por el contrario, ha cumplido sus obligaciones contractuales, a efectos de acordar la resolución del convenio, es una cuestión de hecho que deben apreciar los órganos jurisdiccionales en función de la valoración de la prueba, y la resolución que se recurre llega a la inequívoca conclusión de que existió un incumplimiento por parte del comprador hoy recurrente de su obligación principal del pago del precio del inmueble comprado, sin que, quepa predicar un análogo y correlativo incumplimiento de las suyas imputable al vendedor demandante, hechos estos que, por no haber sido combatidos en casación por la vía del error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, deben reputarse inmutables, mal cabe admitir que la resolución que se recurre, partiendo de tal fundamento fáctico, haya infringido ni por inaplicación indebida ni por interpretación errónea los preceptos de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, que, por el contrario, resultan de necesaria aplicación y han sido interpretados de forma correcta, lo que provoca la desestimación del motivo

R. DE A.

EFICACIA ANTE LOS TRIBUNALES CIVILES DE LO DECLARADO EN ACTUACIONES PENALES. PRUEBA DE PRESUNCIONES. ACTOS COETANEOS Y POSTERIORES DE LAS PARTES, COMO MEDIO DE INTERPRETACION (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1989).

Se denuncia en el primero de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción, que se dice por el concepto de «violación» por inaplicación, del artículo 1.253 del Código Civil «y asimismo se comete la misma infracción contra la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1978, 10 de febrero de 1975 y 23 de abril de 1980; estima el recurrente que como la sentencia recurrida dejó fijado el «hecho base» de la existencia de un segundo contrato de sociedad de igual fecha y contenido que el aportado por el demandante «en el cual el actor deja de ser socio, siéndolo el demandado don Joaquín M.» «debía haber inferido, con la fuerza lógica que la Ley exige, la realidad del otro, cual es la de que el contrato de sociedades aportado por el actor fue anulado por la voluntad de todos los contratantes, sin que

sea obstáculo el que tal anulación y manifestación de voluntad extintiva no se hiciera por escrito, dadas las relaciones familiares y de buena voluntad entre buena parte de los miembros que intervinieron en uno y otro contrato»; pero olvida, o prescinde el recurrente de un dato de sumo interés, pues dando por cierto la existencia, y en principio validez de los contratos idénticos en contenido real, difieren sustancialmente en el personal, pues mientras en el aportado por el actor, aparece éste, como uno de los socios, en el segundo, esto es, en el aportado por los demandados, desaparece el actor como socio y en cambio, juntamente con los otros socios de aquel otro contrato, aparece don Joaquín M.; de ahí que la recurrida sentencia centra la cuestión debatida en la prueba de ese pretendido por los demandados acuerdo anulatorio del primer contrato verbalmente concertado, puesto que como el actor no firmó ese nuevo contrato, ni le beneficia ni le perjudica, ni como tal hecho, esto es, la existencia de ese segundo contrato, con el que no guarda relación alguna el demandante, puede deducirse por vía presuntiva tal acuerdo de voluntades, cuando no caben pensar en buena lógica sino que quedó excluido como socio, en éste que se viene estimando como segundo contrato; con ello el juzgador de instancia está razonando y justificando la inaplicabilidad de la prueba presuntiva, y así en efecto, respecto a los indicios verbigracia, el hecho de que el actor no tuviera una cuenta corriente bancaria conjunta con los demás socios, no supone enlace preciso y directo con el que se pretende deducir (art. 1.253 del Código Civil) cuando, por el contrario, aparece probado en autos que años después a la supuesta anulación del contrato de sociedad, los demandados reconocieron expresamente el carácter de socio al actor, en distintas manifestaciones y declaraciones; luego si el juzgador razona la inaplicabilidad en el supuesto de autos de dicha prueba de presunciones, si el hecho que sienta como base, no permite por falta de enlaces llegar a la pretendida conclusión y si ésta resulta rebatida por prueba directa que afecta a los propios demandados, no cabe decir, no ya que dicho precepto y jurisprudencia que lo desarrolla, haya sido violado, sino, incluso, que, en términos más amplios, haya sido infringido, haciendo decaer el motivo.

El segundo de los motivos, con igual amparo que el anterior denuncia la inaplicación de reiterada doctrina jurisprudencial según la cual no son vinculantes para el Tribunal de lo Civil lo actuado en juicio penal, entre otras la sentencia de la Sala Primera de 2 de octubre de 1969, y aparte de que no basta la cita de una sola sentencia, es que, además, dicha sentencia, y doctrina, pues son varias lo que así lo proclaman, lo que sientan es que cuando de los mismos hechos que conoce la jurisdicción civil han conocido la penal, «sin negar en absoluto el valor que lo actuado en juicio penal pueda merecer a quienes juzgan el pleito civil», «sólo la relación de hechos, llevada a cabo en las sentencias condenatorias o la declaración de no haber existido los mismos, en las absolutorias, son vinculantes para el Tribunal de lo civil», cosa bien distinta consecuentemente a que como, en el caso de autos, el juzgador se sirva de manifestaciones vertidas por los que son demandados, en denuncias, en juicios de faltas, cuyos testimonios aparecen aportados como prueba a los autos, en cuanto se refieren a ese reconocimiento del actor como socio al que se hizo relación en el fundamento anterior, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

El tercero de los motivos, último articulado, también con el mismo amparo al de sus anteriores denuncia la infracción del artículo 1.282 del Código Civil; referido a la interpretación de los contratos, para cuando de no resultar clara la intención de los contratantes de los términos empleados en el contrato, dicho precepto remite a lo que pueda deducirse de los actos de los contratantes ante-

riores o posteriores de los mismos, pero claro es que al no tratarse en el supuesto de autos de problema de interpretación, sino de prueba, como se reitera por uno y otro de los juzgadores, no había de resultar aplicable dicho precepto que consecuentemente no se infringe por su inaplicación; cuando además dichos actos si bien no fueron considerados por el juzgador a los efectos interpretativos, pues no hubo necesidad de tal, sí lo fueron en cuanto a la posible incidencia en la prueba de presunciones, pero quedó razonado que de los mismos no cabía deducir consecuencia probatoria alguna por falta de enlace preciso y directo con la conclusión a la que por el recurrente se pretendía y ahora se reitera como consecuencia de dicha interpretación; ante ello el motivo ha de ser desestimado.

R. DE A.

RECURSO DE CASACION: NO PUEDE BASARSE EN REGLAMENTOS. INEXIGIBILIDAD DE CUOTA SINDICAL NO ACEPTADA POR EL PRESUNTO OBLIGADO (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1989).

El juicio de menor cuantía de que dimana este recurso de casación se inició por demanda formulada por la «Sociedad Cooperativa Provincial del Campo de Salamanca» (COPROCAM) contra la Sociedad «Compañía de Industrias Agrícolas, S. A.», llamada Azucarera de Salamanca, y la Confederación Nacional de Cultivadores de Remolacha y Caña de Azúcar, en la que se reclamó una suma en concepto de cuota social o canon a favor de dicha Confederación, que ésta recibió de su codemandada con motivo de la compra de remolacha a la entidad actora, detrayendo previamente del precio a entregar a la vendedora aquella cuota, cuya suma asciende, en lo que ahora se reclama, a 7.375.705 pesetas. La demanda se fundamenta en esencia en no estar obligada la actora a satisfacer la cuota referida, y así se declaró ya en anterior litigio entre las mismas partes y por la misma cuestión, autos 207/1982, del mismo Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca, en Sentencia de 19 de septiembre de 1983, que fue confirmada íntegramente por la de la Audiencia Territorial de 26 de abril de 1985, y que es firme. En el actual litigio fue asimismo estimada la demanda en ambas instancias, y se formula por la expresada Confederación el presente recurso de casación con apoyo en dos motivos formulados al amparo del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los dos motivos de que consta este recurso alegan, el primero la infracción de la disposición adicional de la Orden de 22 de diciembre de 1978, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, reguladora de la campaña azucarera 1978/1979, al no aplicar la misma al objeto de la litis; y el segundo motivo alega la infracción, por inaplicación, de la orden de 28 de octubre de 1979, del mismo Ministerio, reguladora de la campaña azucarera 1979/1980. Por consideraciones de carácter formal ambos motivos deben ser desestimados, en cuanto los dos alegan como infringidos preceptos que carecen de la categoría de leyes en la jerarquía normativa, ya que el recurso de casación ha de fundarse precisamente en infracción de ley o de doctrina legal o jurisprudencia reiterada y no en Decretos, Reales Ordenes o Reglamentos, y así lo ha declarado repetidamente esta Sala en sentencias, entre otras, de 8 de febrero de 1984, 11 de octubre de 1985, 15 de diciembre de 1986 y 26 de octubre de 1988. Siendo de destacar que en este

caso las normas que se aducen crecen, a mayor abundamiento, de verdadera sustancia o entidad jurídico civil y no pueden, por tanto, dar ocasión para poder revisar la aplicación hecha del ordenamiento jurídico por los Tribunales de primera y segunda instancia.

Pone de relieve la carencia de efectos civiles de las normas invocadas que pudieran modificar las consecuencias jurídicas normales de los contratos de compraventa de remolacha, en cuya liquidación se detraían las cuotas por la entidad compradora que ahora reclama la demandante, las siguientes consideraciones: *a)* La parte actora y recurrida actuó en los contratos en cuestión en nombre propio, y en lugar de recibir el precio íntegro pactado lo recibe previa detracción de una cuota que la compradora efectúa por orden o encargo de una tercera entidad, la Confederación demandada, y ésta a su vez actúa a instancia de la Comisión Central Mixta de Agricultores y Fabricantes Azucareros, entidad inserta en la Administración Central, que fijó un canon que, a decir del recurso, tiene carácter obligatorio *b)* No se comprueba, sin embargo, esta obligatoriedad, ya que el mismo recurso mantiene que se debe a un acuerdo voluntario, afirmación contradictoria con la anterior, pero que se confirma a través de interpretación literal y lógica de las normas que se invocan, y en cuanto, como razona el Tribunal *a quo*, «habiendo libertad sindical y siendo las cuotas por este concepto libres y voluntarias, no puede exigirse de una manera coercitiva y obligatoria, a una entidad que en todo caso no es la obligada al pago». *c)* A ello no obsta la contratación obligatoria que rige en las campañas de recolección de remolacha, para la que se señala un comprador único, en cuanto esta particularidad no priva a los contratos de su carácter de derecho privado, y sin que la obligatoriedad del cumplimiento de las prestaciones pueda ser menoscabado por normas procedentes de terceros no contratantes, con lo que se infringiría el principio de relatividad de los contratos consagrados en el artículo 1.257, párrafo 1, del Código Civil, no menos que el de igualdad de posición jurídica de ambos contratantes, al imponerlo a uno de ellos un gravamen (descuento del precio), al que se opone, y que a su arbitrio aplica la otra parte; con lo que además se infringe el artículo 1.256 del Código Civil, según el cual el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, como sería si el comprador en contra de la voluntad del vendedor le resta parte del precio. *d)* Los principios jurídicos rectores de la contratación privada que se dejan expuestos, en definitiva corolarios del de autonomía de la voluntad en la contratación (arts. 1.255, 1.258 y 1.278 del Código Civil), no pueden quedar afectados por normas dictadas por las autoridades administrativas en preceptos de rango inferior reguladores con carácter transitorio de la recogida de remolacha, cuyas condiciones generales no pueden interpretarse tan extensivamente que incluyen detracciones del precio sin que aparezca con nitidez la voluntad inequívoca de la entidad compradora para ello en beneficio de la recurrente y en contra de aquella voluntad del vendedor y sin su consentimiento, y sin que se compruebe vínculo ni obligación alguno de la recurrida con la beneficiaria de aquellas detracciones.

R. DE A.

FIANZA: CONTENIDO Y ALCANCE (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1989).

Aunque el primero de los motivos se ampara en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nada más iniciada su lectura, se advierte no se trata de poner de manifiesto ningún error probatorio, sino una propia cuestión jurídica, se dice «la denominación comercial Hidálpez, no compromete en nada a mi representado. Al contrario, por las pruebas documentales acompañadas a la demanda y las posteriores de confesión y testifical, se desprende, taxativamente que mi representado no tenía ninguna relación comercial con la actora, sino que era un trabajador más», se trata pues de revivir su falta de legitimación pasiva planteada en la primera instancia, estimada por la sentencia de este orden y revocada en la recurrida, por ello el motivo ha de ser desestimado.

El motivo segundo, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.827 del Código Civil «que concreta que la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella»; pero indiscutiblemente olvida el recurrente que conforme declara la recurrida sentencia «basta la lectura del documento (se refiere al suscrito en 10 de julio de 1980 por los demandados H. C. y L. E. y el actor) para concluir que éste integra un contrato de fianza en garantía de deudas futuras, garantía que prestaron solidariamente ambos demandados, pero que aún en cualquier caso el señor L. viene obligado al pago desde el momento en que la deuda es líquida y exigible», así como que «sin que conste dato alguno en que por el señor L. se manifestare a la actora el cese de su afianzamiento», «por lo que ha de entenderse que dicho contrato de fianza no puede quedar rescindido por la sola voluntad del fiador»; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

R. DE A.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: HONORARIOS DE MEDICO. PRESCRIPCION (NO EXISTE) ACTUACION PROCESAL DE LA FUNDACION DEMANDADA (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1989).

El presente recurso trae causa de la demanda formulada por don Antonio O. J. en reclamación de los honorarios devengados y no satisfechos por la asistencia médica prestada a la fundadora de la Fundación Benéfica de San Fernando Rey de España y San Francisco de Asís de la Casa Zayas Ossorio-Calvache de Granada. Condenada la fundación al pago de la cantidad reclamada y el albacea a modificar la escritura hereditaria, los patronos de la Fundación impugnan la sentencia en casación por entender que el proceso se ha tramitado con infracción de su derecho de defensa, y se ha desconocido el hecho de que los honorarios están parcialmente prescritos, en motivos que a continuación se analizan.

El motivo primero del recurso, por la vía del número 3 del artículo 1.692, es el que persigue la nulidad del juicio por quebrantamiento de las formalidades esenciales, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo evidente indefensión para la recurrente. Se basa el motivo en que la Fundación permaneció largo tiempo ausente en el pleito, no llegó a contestar la demanda y recurrida la sentencia se tramitó la apelación sin tener en conside-

ración el escrito de apelación de la Fundación devuelto al Procurador con la inscripción a lápiz «están en la Audiencia». Por todo ello, continúan su razonamiento, cuando compareció la Fundación en el recurso de apelación ya no tuvo oportunidad de proponer pruebas con las que deshacer la base de hecho de la sentencia condenatoria. Todo el anterior razonar es irrelevante a los efectos de anular las actuaciones. No cabe ignorar que la Fundación, entre cuyos miembros figuran relevantes personalidades por razón de su cargo, compareció en las actuaciones; que su defensa y representación la asumieron los decanos de los Ilustres Colegios de Abogados y Procuradores; que actuaron incluso defendiendo hasta la Sala Primera del Tribunal Supremo un incidente dilatorio de previo pronunciamiento; y que voluntariamente manifestaron renunciar a la representación y defensa cuando cesaron en sus respectivos decanatos por fin de período de mandato, antes de contestar a la demanda. Aunque todo se puso en conocimiento del gobernador civil, como presidente del Patronato; no fueron sustituidos los profesionales por lo que la Fundación fue declarada en rebeldía. Dictada la sentencia de primera instancia y notificada personalmente a la Fundación, no consta que ésta presentara recurso dentro de plazo: no lo acredita el rótulo a lápiz «están en la Audiencia» que figura en la cabecera del escrito de apelación presentado ante la Audiencia de Granada. Luego, en apelación, purgó la rebeldía cuando se incorporó al proceso en el estado en que se hallaba y con los efectos propios de la preclusión, con el mismo procurador antes renunciante a la representación, y aún así le tuvo la Sala y le concedió el trato procesal de apelante, por todo lo cual no es posible aceptar la tesis de la indefensión que de haberse producido nunca puede achacarse al proceso ni a las decisiones del Organo rector del mismo.

El motivo 2.°, por la vía del artículo 1 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impugna la sentencia acusándola de error en la apreciación de la prueba, resultante de los documentos otorgantes en autos, según los cuales no es cierta la afirmación de la sentencia en la que se establece el hecho de que la actividad médica no puede dividirse en dos períodos. Para la Fundación recurrente, que fueron dos los períodos de asistencia se desprende de las propias minutas de honorarios presentadas por el facultativo demandante, en los que se distinguen y tasan los honorarios desde mayo de 1956 a 17 de marzo de 1976, y desde el 17 de marzo de 1976 a 4 de enero de 1979. Pues bien, tal declaración fáctica de la sentencia no está desvirtuada por los documentos citados. De ellos se desprende que la asistencia fue continuada, aunque la enferma estuviera un período en su domicilio y otro hospitalizada, pero ni tal circunstancia de lugar permite dividir la asistencia, ni la división tiene sentido alguno en cuanto se sostiene en momento en que ya no caben alegaciones por quien no presentó escritos formulados ni puede en este trance de casación alegar la prescripción que es la única consecuencia que aceptar su versión sobre los hechos podría pedirse.

Dejado sin efecto alguno el motivo que impugna los hechos en que se califica a la asistencia médica como continuada y vedado el derecho a formular la excepción de prescripción en este momento procesal a la Fundación condenada (el albacea consintió la sentencia de la Audiencia), no puede prosperar el motivo 3.° en que se aduce la infracción del precepto contenido en el artículo 1.976-2.° conforme al cual prescriben a los tres años las acciones de reclamación de los honorarios profesionales, y, en consecuencia, debe mantenerse la condena al pago de los honorarios demandados.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA. RECEPCION DE LA OBRA SIN PROTESTA DEL COMITENTE: NO AFECTA A VICIOS NO PERCEPTIBLES (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1989).

El motivo cuarto, de prioritario estudio al estar amparado en el ordinal 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en el documento de «liquidación de obra» de 31 de diciembre de 1980, argumentando, en síntesis, que sólo las grietas de la pared son imputables al contratista, defecto admitido por los comitentes al recibir la obra en 1980 y usar el local sin formular protesta hasta la interposición de la demanda en 1984. Tal argumento reitera el motivo primero, articulado por el número 5.°, en el que acusa a la resolución recurrida de haber infringido los artículos 1.156 y 1.255 del Código Civil y la jurisprudencia que se cita, al no haber valorado en todas sus consecuencias jurídicas el documento de «liquidación de obra». Ambos motivos han de rechazarse, pues si bien es cierto que cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exento de responsabilidad, tal exención se ha de entender forzosamente limitada a los defectos o vicios apeciables a simple vista, pero no a aquellos otros ocultos que, por desconocidos, no puede presumirse su aceptación, como son los que la sentencia impugnada imputa al contratista, sin que en casación pueda prosperar el intento de sustituir el particular e interesado criterio sobre apreciación de las pruebas, al más autorizado del juzgador de instancia, por lo que se impone la desestimación de ambos motivos, en los que resulta patente el intento del recurrente de convertir este extraordinario recurso de casación en una tercera instancia.

El correlativo del recurso, formulado por la vía del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil imputa al Tribunal de instancia la infracción, en bloque, de los artículos 1.089 (que lo reitera), 1.091, 1.101, 1.104, 1.254, 1.258 y 1.598 del Código Civil «*al aplicarlos indebidamente —dice— para responsabilizar a mi poderdante de los siguientes defectos...*». Con independencia de la improcedencia de citar en un solo motivo la infracción en bloque de tan numerosos preceptos, y de no razonar la pertinencia y fundamento de tal impugnación, lo cierto es que la Sala de instancia no ha aplicado indebidamente tales artículos del Código Civil, habida cuenta de la intervención decisiva y relevante del hoy recurrente en la realización de las obras, pues respecto a que «la obra litigiosa fue la simple adaptación o decoración de un local comercial para bar-asador», tal afirmación, además de estar claramente contradicha en autos, no se compadece con la contenida en el antecedente primero del recurso en el que se expresa que *contrataron la construcción y decoración de un mesón asador.* La inviabilidad de las infracciones denunciadas obliga a rechazar de plano el motivo examinado.

Idéntica desestimación merece el tercer motivo que el recurrente ampara en el ordinal 5.° y subsidiariamente en el 4.°, alegando que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil. Con reiteración tiene declarado esta Sala que el artículo 1.214 del Código Civil, por su carácter genérico, relativo al *onus probandi*, no permite el éxito de un recurso de casación por infracción de ley más que en los supuestos en que el Tribunal de instancia haya invertido el principio de la carga de la prueba, pero no en aquellos otros —como es el presente— en los que lo realmente pretendido por el impugnante consiste en combatir la valoración de la misma realizada por el juzgador, sustituyéndola por

su particular criterio sin más fundamento que el genérico y más bien instrumental artículo 1.214 del Código Civil, que no es norma valorativa de prueba.

R. DE A.

ACCION DIRECTA DEL ARTICULO 1.597 DEL CODIGO CIVIL: NACIMIENTO DE LA DEUDA DEL DUEÑO DE LA OBRA EN FAVOR DE LOS TITULARES DE DICHA ACCION. INTERESES (INCONGRUENCIA). RECLAMACION ESTANDO EN SUSPENSION DE PAGOS EL DEUDOR DIRECTO: JUZGADO COMPETENTE. COMPENSACION (NO HA LUGAR). INTERESES DEBIDOS POR EL ESTADO EN RELACION CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1989).

Los dos primeros motivos del recurso interpuesto por la parte actora «Emulcatex, S. L.» amparados en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denunciando la infracción del artículo 359 de dicha Ley, tienen de común el hacer referencia a la condena de intereses a la parte demandada, la Administración del Estado, y en tal sentido aquella denunciada incongruencia se dice consistir, en cuanto solicitada en la demanda, tras la declaración de que «Top, S. A.», es deudor de la actora en la cantidad de 17.775.322 pesetas «se condene a la Administración del Estado a pagar al actor hasta el límite de la concurrencia de su crédito contra el contratista la cantidad que adeuda a "Top, S. A." por razón de la obra expresada en la demanda que habrá de entregar a la parte actora con el interés legal desde la fecha de la reclamación previa y el que proceda a tenor del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», siendo lo cierto que tal condena es totalmente silenciada en el fallo de la recurrida sentencia, sin que en los considerandos se haga la menor alusión a este punto, de ahí que para el recurrente constituya un vicio de incongruencia según se denuncia en el primer motivo, o bien al afirmar la recurrida sentencia que se estima el recurso condenando a la Administración del Estado a pagar la cantidad de 10.256.390 pesetas, pero no decir nada sobre intereses, supone «una auténtica y real contradicción, puesto que en la sentencia que se revoca se imponían, desde la reclamación previa, y al no ser cuestión combatida por las partes en la apelación, este pronunciamiento ha de quedar intocable, conforme el segundo de los motivos»; y como en efecto, encontrándonos ante una reclamación amparada en el artículo 1.597 del Código Civil con las consecuencias previstas en la legislación de este orden jurisdiccional siendo una de ellas la precedente condena de intereses, tal como era solicitado en el suplico de la demanda, lo que comporta el denunciado vicio de incongruencia, procede la estimación de estos dos motivos, anulando y casando la recurrida sentencia en cuanto a este particular se refiere.

El motivo quinto, renunciados que han sido el tercero y cuarto en el acto de la vista, amparado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia «por cuanto se ha aplicado erróneamente el artículo 1.168 del Código Civil, con referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil», dicho artículo se limita a remitir a la expresada Ley procesal cuanto afecta a los gastos judiciales, en este sentido es de convenir que la sentencia recurrida no hace imposición de costas en ninguna de las dos instancias conforme se justifica en el 5.° de sus considerandos, teniendo en cuenta las especiales características del proceso y su dificultad jurídica, así como al no apreciar temeridad ni mala fe en ninguno de

los litigantes; al ser estimatoria la sentencia del recurso de apelación es claro no había de suponer condena de costas de la segunda instancia, quedando dicha cuestión respecto a las causadas en la primera instancia y como al Juez corresponde, conforme a lo dispuesto en el artículo 523 de la expresada Ley procesal apreciar con facultad exclusiva, no recurrible si existen circunstancias que justifique la no imposición de costas, no obstante haber sido estimada la demanda y desestimadas las pretensiones del demandado, al haber razonado en tal sentido la justificación de la no imposición de costas es claro no existe infracción alguna haciendo que el motivo sea desestimado

El primer motivo del recurso interpuesto por el Abogado del Estado, amparado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de los artículos 11 párrafo cuarto y 12 párrafo segundo de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, en relación con el artículo 53-1.° de la Ley procesal y artículo 117.3 de la Constitución al incurrir la recurrida sentencia en exceso en el ejercicio de la jurisdicción al reconocer la existencia de un crédito contra la Sociedad «Top, S. A.», en suspensión de pagos, a favor de la actora, «Emulcatex, S. L.», y cuantificar su importe; entiende el recurrente que la existencia de un expediente de suspensión de pagos promovido a instancia de «Top, S. A.», determina la exclusividad de la competencia del Juzgado que conoce del mismo, para todo cuanto afecta a los créditos que existan contra dicha Sociedad como se deduce de los invocados preceptos; mas como con total acierto razona la recurrida sentencia «debemos entender con la doctrina patria, tanto científica como jurisprudencial (desde la antigua sentencia de 18 de febrero de 1899) que los acreedores pueden seguir los procesos que les correspondan contra el suspenso, así como continuar los ya iniciados (art. 9, párrafo 4.°, de la Ley Especial de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922) hasta dictarse sentencia, pues uno de los efectos de dicho instituto es la paralización de las actuaciones individuales pero solamente en su fase de ejecución que es de lo que estará privado el actor hasta que finiquite el expediente», esto es, hay una suspensión de pagos en el sentido de que los acreedores no pueden proceder a la ejecución aislada sobre los bienes del deudor —en el presente caso en situación de rebeldía— mientras dure el procedimiento, lo que ha de aparejar la competencia de los respectivos órganos jurisdiccionales para su conocimiento en fase de tramitación, sin que en consecuencia les afecte dicho expediente (la demanda fue presentada el 19 de enero de 1985, el Auto declarando el estado de suspensión de pagos de «Top, S. A.» es de fecha 30 de abril de 1985); sin que, por otra parte, esta sentencia pueda perjudicar a los acreedores presentes en la suspensión de pagos ni modificar su activo, pero es que además si antes de tal declaración, cual ocurren en el supuesto de Autos que pusieron los materiales, supuesto del artículo 1.597, en la obra habían demandado ya al dueño, este crédito no debe ir, en caso de suspensión de pagos, a la misma, porque desde el momento de la demanda se debe estimar que el dueño a quien debe es a sus demandantes y no al contratista; siendo esto así, por una y otra razón es indudable que la suspensión de pagos no ha de afectar al procedimiento seguido, en todo caso hasta el momento de su ejecución, por lo que no cabe hablar de la infracción de todos y cada uno de los invocados preceptos haciendo decaer el motivo.

El segundo de los motivos, amparado en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 359 de esta propia Ley al incidir la recurrida sentencia en incongruencia por exceso al estimar que como en la demanda se suplica la condena de la Administración del Estado a pagar al actor hasta el límite de la concurrencia de su crédito contra el

contratista, la cantidad que adeuda a «Top, S. A.», «no postula condena al pago de ninguna cantidad concreta, líquida ni determinada», «y sin embargo la sentencia recurrida condena al Estado a pagar a la actora una cantidad determinada y no al pago de la cantidad que adeuda a "Top, S. A." por razón de la obra expresada en esta demanda», lo es con clara infracción de lo dispuesto en el artículo invocado; mas siendo lo cierto que la congruencia que sanciona el tan expresado artículo 359 de la Ley procesal civil no consiste ni ha de entenderse como una rígida adecuación o correlación en su más estricta literalidad entre suplico y fallo, sino, por el contrario, en una abierta interpretación como relación íntima entre pretensiones y parte dispositiva, es indudable que el fallo impugnado no incurre en incongruencia por conceder más de lo pedido porque como resultado de la prueba obrante en autos, lo que es facultad que le está atribuida llega a la determinación o señalamiento del importe de la deuda, cuya condena es objeto de petición si bien lo sea en esa forma indeterminada, puesto que como se razona en la sentencia, el demandado la Administración del Estado «reconoce que adeuda al contratista la suma de 10.256.309 pesetas (folio 199)», y, consecuentemente, señala tal cantidad como la que tiene que abonar a la parte actora, nada más conforme entre suplico y fallo, lo que por otra parte ha de redundar en mayor beneficio de los propios litigantes que el remitirlos, de prescindir de tal determinación, lo que incluso sería censurable, a ejecución de sentencia; por ello, al condenar la recurrida sentencia a la Administración del Estado a pagar a la entidad actora la suma expresada, importe que la misma adeuda a «Top, S. A.» por razón de la obra a que se ha hecho mención, existe la más perfecta relación entre pretensiones y fallo tal como ha de entenderse la que es congruencia sancionada en el artículo 359 invocado que por tanto al no resultar infringido hace procedente la desestimación del motivo.

Los motivos tercero y cuarto, el primero amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Emjuiciamiento Civil y el segundo en la causa quinta del propio artículo respectivamente denunciar error en la apreciación de la prueba que resulta de documentos que obran en autos —error de hecho— y la infracción del artículo 1.218 en relación con el 1.216 ambos del Código Civil; tienen de común el hacer referencia, en el primero, como documentos que evidencian aquel error probatorio y en el segundo al desconocer su eficacia, a las certificaciones libradas por los Servicios recaudatorios de la Hacienda Pública, pero es el caso que según se razona en la recurrida sentencia es en el escrito de conclusiones, cuando se aporta, a los efectos de la compensación, «una certificación dirigida al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcalá de Henares, que es el que conoce de la suspensión de pagos, en período probatorio, en la que se dice que existe la cantidad de 8.181.853 pesetas pendientes a realizar en expediente administrativo de apremio contra "Top, S. A.", la cual nadie ha solicitado formalmente por lo que no podemos admitirla procesalmente y darle validez en juicio»; y siendo esto así no es que el Tribunal niegue, desconozca, o no le dé la fuerza probatoria que le corresponde sino que procesalmente se ve obligado a no tenerle por incorporado a los autos a efectos de prueba, entonces puede existir algún vicio denunciable por la vía correspondiente pero desde luego ni hay error de hecho que pueda ser evidenciado por tal documento ni se han infringido los invocados preceptos haciendo decaer los expresados motivos

El motivo quinto, amparado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción, que se dice «por no aplicación» del artículo 1.202 en relación con los artículos 1.156, párrafo seis, 1.195, 1.196 y 1.597 todos ellos del Código Civil regula el artículo que se invoca en primer lugar, y en

verdad en el que se centra el motivo, los efectos de la compensación extinguiendo una y otra deuda en la cantidad concurrente, pues bien, según el recurso «al sólo haber computado el Tribunal sentenciador el saldo deudor al Estado a favor del contratista "Top, S. A." sin haber tenido en cuenta el saldo acreedor del primero contra el segundo, a efectos de su inmediata compensación en los términos previstos en el artículo 1.202, en relación con los demás preceptos justifican el motivo», faltaba precisar la causa de tal motivación ya que el Tribunal en su sentencia establece la cantidad concurrente y la consiguiente compensación, luego no parece, no ya que no aplique el referido artículo, sino que en términos más amplios se infrinja, y al seguir desarrollando el motivo es cuando se muestra su verdadero propósito, no es que no se haya practicado una compensación, sino que la cantidad que se dice adeuda el Estado es tan sólo la de 2.074.276 pesetas, es decir, se vuelve a plantear la cuestión en los términos que lo fue en el tercero de los motivos ya examinado y desestimado; no se trata de la infracción del invocado precepto y de los relacionados con el mismo, sino de una cuestión de prueba en relación a esa cantidad adeudada al Estado, tal y como fue resuelta en dicho motivo, por lo que al no ser hábil la vía de amparo elegida se impone su desestimación; pero en todo caso, lo invocado en aquel motivo conduciría igualmente a dicha desestimación.

El motivo sexto, último de este segundo recurso, con igual amparo que su anterior, denuncia, en cuanto la sentencia recurrida confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia por la que se condenaba al Estado a pagar a la actora, además de principal, el interés legal desde la fecha de la reclamación previa formulada ante la propia Administración, la infracción, por aplicación indebida, del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con lo dispuesto en los artículos 45 y 36.2 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977; se reconoce que la recurrida sentencia no contiene pronunciamiento directo alguno sobre tal cuestión, entonces este motivo «se invoca *ad cautelam*» por si pudiera entenderse tácitamente confirmada aquella imposición en primera instancia; precisamente y en relación a este extremo de la recurrida sentencia fue causa de los dos motivos de casación del recurso interpuesto por la parte actora ya examinados y resueltos; ahora bien, se dice en el motivo que el Estado no viene obligado al pago de intereses legales de demora y se citan en su apoyo los artículos invocados; conforme al artículo 45 de dicha Ley, «si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 36, párrafo segundo, de esta Ley sobre la cantidad debida, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación, dice el artículo 36, párrafo 2.º». El interés de demora se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente el día en que venza el plazo señalado en el párrafo anterior (día siguiente al de su vencimiento), esto es, no se deduce en forma alguna de dichos precepto que el Estado no venga obligado al pago de intereses legales, pero es que además encontrándonos ante una obligación de carácter civil habrá que estar a las normas de este orden jurisdiccional que las regula, por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL ACCIDENTE DE CIRCULACION. LA CULPA O NEGLIGENCIA Y LA RELACION DE CAUSALIDAD SON CUESTIONES DE DERECHO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1989)

En los autos de que dimana este recurso de casación se solicitó por los demandantes, actuales recurridos, una indemnización de siete millones de pesetas por el fallecimiento en accidente de circulación vial de don Francisco A. O., la acción por culpa extracontractual dirigida contra el conductor del vehículo causante del accidente, contra su propietario y la aseguradora del vehículo, solicitando una condena solidaria de todos ellos. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda accediendo a la condena solidaria de los demandados al pago de la suma de 1.800.000 pesetas; suma, que, previo recurso de apelación, fue elevada por la sentencia recurrida a la de 5.000.000 de pesetas. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación basado en un solo motivo, que se ampara en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en donde se acusa la infracción, por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil. Por lo tanto, el recurrente acepta implícitamente los hechos en que se basó la sentencia impugnada, pues no los ataca a través del número 4.° de dicho artículo procesal. Y de esos hechos ha de partir esta Sala admitiéndolos como probados sin pretender modificarlo a través de una nueva apreciación de la prueba. Tales hechos esencialmente son los siguientes: *a)* El camión conducido por el señor E., al pretende entrar en la calle Aldapeta, en San Sebastián, procedente de la calle Easo, teniendo luz verde el semáforo para vehículos a la salida de dicha calle, pero en momento en que también los peatones tenían a su vez luz verde para efectuar el paso y los vehículos luz intermitente ámbar para enfilar la calle Aldapeta, alcanzó al señor A. *b)* La colisión del viandante con el vehículo se debió sin duda a lo arriesgado de la maniobra del vehículo, por lo cerrado que tomó la curva y por ir situado el conductor al lado contrario preciso para poder ver al viandante que intentaba cruzar por la derecha del vehículo en su parte trasera, en lugar invisible para el conductor, que no adoptó las precauciones necesarias para subvenir a esa falta de visibilidad. *c)* A consecuencia de ello, el peatón se golpeó con el vehículo, que por su movimiento en curva le cerró el paso y le alcanzó cayendo al suelo y recibiendo lesiones a consecuencia de las que falleció. *d)* El conductor citado no respetó la preferencia de paso de los peatones procedentes de su derecha y avanzó sin cerciorarse de que por ese lateral no podía causar daño a nadie.

La conducción de vehículos crea de por sí riesgos para los demás participantes en el tráfico, pudiendo incurrir en culpa los conductores si en todo momento no extreman sus precauciones, como ordena de una forma general el artículo 17 del Código de la Circulación, debiendo incluso detener su marcha cuando, entre otras, las circunstancias de visibilidad, prudencialmente lo impongan para evitar posibles accidentes o cualquier perjuicio o molestia a los demás usuarios. Norma esta que, al no ser observada con rigor por el conductor en el caso ahora contemplado, integra su actuación culposa y como consecuencia la responsabilidad civil por los daños causados por una conducta insuficientemente reflexiva. Nada obsta a la conclusión que de todo ello se deduce la exposición del único motivo del recurso, en el que para intentar exonerar de culpa al conductor causante del accidente se examinan nuevamente los hechos debatidos extrayendo conclusiones divergentes de las obtenidas por el Tribual *a quo*, con olvido de que, como ya se indicó, los hechos que la Sala *a quo* considera probados han de prevalecer sobre los que el recurso considera, por el contrario, probados con distinta con-

clusión. Y olvidando también que el concepto de culpa o negligencia a los efectos del recurso de casación y como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual merece la consideración de cuestión de derecho, en cuanto implica la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente, partiendo de los hechos que respetando la existencia y caracteres de las mismas, quedan definitivamente acreditados. Esa calificación jurídica ha de respetarlos, si es que no se combaten adecuadamente en el recurso (como ocurre en el caso ahora debatido) por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Emjuiciamiento Civil. Asimismo es cuestión de derecho, susceptible de ser examinada en casación a través del número 5.º del mismo precepto procesal, la suficiencia o deficiencia del elemento causal, fijado por la Sala de instancia, como productor del daño que de indemnizar se trata. Aunque el nexo causal entraña su cuestión compleja, lo mismo que la apreciación de la culpa, y para concretar si el Tribunal de apelación incurrió o no en error *juris*, el Tribunal Supremo puede revisar el juicio sobre la causalidad verificado en la sentencia recurrida, lo cual sólo puede hacerse por la vía del número 5.º del artículo 1.692, por entrar en juego así la infracción o indebida aplicación del artículo 1.902 del Código Civil; partiendo siempre, en tales supuestos, y más casos como el debatido, de la intangibilidad de los hechos fijados por la Sala de instancia y del acatamiento a los mismos, cuando no hayan sido combatidos debida y eficazmente. Como declararon, entre otras muchas, las Sentencias de 12 de junio de 1968, 26 de octubre de 1981 y 28 de febrero de 1983, en definitiva, es cuestión de derecho la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto. Y aplicando esta doctrina al caso *sub judice* en este recurso de casación, aparece de los hechos probados, rectamente apreciados, la conexión causal del proceder del conductor del camión causante del accidente con el resultado producido, conexión a la que va unida la imputabilidad del agente, necesaria para no dejar reducido el nexo causal a una mera responsabilidad por el resultado.

R. DE A.

HIPOTECA DE CONSTITUCION UNILATERAL. DETERMINACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA. FALTA DE OBJETO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1989)

Como primer motivo del recurso y al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Emjuiciamiento Civil, se invoca la «existencia de infracción de norma del ordenamiento jurídico, concretamente del artículo 1.261 del Código Civil, apartados 2 y 3, relativo a los requisitos esenciales necesarios para la validez de los contratos», y se fundamenta en que al constituir unilateralmente don José C. S., en escritura de fecha 19 de agosto de1982, una hipoteca en favor del «Banco Atlántico, S.A.», que posteriormente la aceptó, hizo referencia a una suma ascendente a quince millones de pesetas de la que se declaró deudor al Banco, garantizando su pago así como «los riesgos que tiene contraídos el compareciente con el Banco acreedor, superiores actualmente a la cantidad de treinta millones de pesetas, sus intereses legales al 18 por 100 anual» y la cantidad de tres millones de pesetas para costas y gastos, cuando, en tesis del demandante,

la realidad era que, al constituir la hipoteca, no adeudaba las sumas expresadas. Sostiene asimismo el recurrente que la sentencia impugnada «reconoce la existencia de una constitución unilateral de hipoteca para garantizar un crédito y que este presunto objeto era en el momento de su redacción ambiguo», si bien dejó de serlo cuando se produjo la aceptación del Banco, de donde infiere el señor C. S. que se trató de subsanar, con la intervención posterior de la otra parte, la inexistencia de causa y objeto en la constitución de la hipoteca. Lo cierto es, sin embargo, que la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos acepta la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, declara probado que el Banco Atlántico había avalado varias letras de cambio aceptadas por el señor C. S. con lo que se responsabilizaba del pago de cantidades que explican lógicamente la constitución de la hipoteca, todo lo cual había de ser conocido por el hipotecante, y la sentencia impugnada lo único que añade al respecto es que la exposición terminológica que se hace en la escritura de constitución es ambigua en la frase «para garantizar un crédito», pero acertadamente atribuye esta expresión inadecuada al otorgante de aquélla. Siendo así, y al no haberse ahora alegado error en la apreciación de la prueba con los requisitos exigidos en el artículo 1.692-4.º de la Ley Procesal Civil, resulta evidente la improcedencia del motivo que nos ocupa en cuanto se refiere a la causa, a más de que, tratándose de un acto unilateral del hipotecante, cualquier oscuridad en alguna de las cláusulas contenidas en la escritura no debe favorecerle —artículo 1.288 del Código Civil— ni mucho menos servir de base para declarar la nulidad absoluta de la hipoteca constituida, la cual el Banco se limitó a aceptar con posterioridad. Ha de recordarse, por último, que, conforme a constante doctrina de esta Sala, «la interpretación de los contratos corresponde a la fase de instancia y a los órganos de la misma, según tiene afirmado esta Sala en un ingente número de sentencias. Sólo cuando la interpretación es claramente opuesta a la lógica, cabe sustituirla por otra que la satisfaga, y debe ser mantenida la de la instancia, aun cuando quepa alguna duda sobre su certeza» (Sentencia de 20 septiembre de 1988).

Nada se ha razonado por el recurrente para fundamentar la alegada existencia de infracción del artículo 1.261-3, pues las referencias que hace al objeto de la constitución de hipoteca identifican éste erróneamente con la causa del negocio, ya examinada, e implícitamente con la necesidad de que la hipoteca garantice el cumplimiento de una obligación principal (art. 1.857-1.º del Código Civil), cuando, en realidad, dicho objeto fueron las fincas hipotecadas (arts. 1.874-1.º del Código Civil y 106-1.º de la Ley Hipotecaria), en relación con las cuales no se ha planteado cuestión alguna.

En el segundo motivo del recurso, también formulado por la vía del artículo 1.692-5.º, se dice haberse infringido el artículo 1.275 del Código Civil y se insiste en la inexistencia de causa para la constitución unilateral de hipoteca por el señor C. S. Aunque de lo expuesto ya se sigue la desestimación de este motivo, es conveniente añadir que el aseguramiento de las responsabilidades asumidas por el «Banco Atlántico, S. A.», como avalista, en su relación comercial con el hipotecante, que se declararon probadas en la instancia, configura el elemento causal de la constitución de la hipoteca que, además, no garantizó sólo el pago de la deuda reconocida de quince millones de pesetas sino también, como ya se ha dicho, «los riesgos que tienen contraídos el compareciente con el Banco acreedor».

R. DE A.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: PAPEL NO APTO PARA EMPAQUETAR MANTEQUILLA. ES INCUMPLIMIENTO, NO UN CASO DE VICIOS OCULTOS (DURACION DE LA ACCION). CONFIRMACION (NO PROCEDE APLICARLA). ANALOGIA (NO PROCEDE). ERROR DE HECHO (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1989).

Teniendo en cuenta las bases en que se sustenta la entidad recurrente «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», el recurso de casación de que se trata, un orden lógico impone alterar en el que vienen formulados los motivos en que se sustenta, pasando a considerarlos por el siguiente: cuarto, tercero, primero, quinto, octavo, segundo, séptimo, sexto y noveno.

Considerando el encargo realizado por la entidad demandada «Envases y Complejos, S. A.», ahora recurrida, a la demandante «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», ahora recurrente, referente a papel de envolver «mantequilla», plantea la segunda de dichas entidades como base del recurso de casación interpuesto el motivo cuarto, al amparo del número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error en la apreciación de la prueba, lo que se contrae a la idoneidad del papel suministrado para servir a tal finalidad de destino a embalaje de mantequilla, fundándose para ello en dictámenes obrantes en autos emitidos por el ingeniero don José F. C. P., análisis efectuado por el Centro Nacional de Nutrición del Ministerio de Sanidad y Consumo, y tal motivo procede desestimarlo, porque aparte que los dictámenes referidos y análisis aludidos no tienen el carácter de documentos a efectos de evidenciar error en la apreciación de la prueba, a fines de casación, según tiene declarado con reiteración esta Sala, y por ello son reciente exponente las Sentencias de 29 de noviembre de 1985, 17 de febrero, 25 de abril y 10 de mayo de 1986 y 9 de febrero y 3 y 4 de abril de 1987, es de tener en cuenta que dichos dictámenes y análisis no revelan que el papel cuestionado sea idóneo para el empaquetado de mantequilla, pues en cuanto a los dictámenes del referido ingeniero don José C. P. carecen de eficacia a fines decisorios del debate jurídico planteado, dado que si en principio indicó el dictaminante que las muestras que le proporcionó la entidad «Miquel y Costas y Miquel», podían servir para el embalaje de mantequilla, posteriormente desvaneció ese aserto, al dictaminar a instancia de la entidad «Envases y Complejos, S. A.», dando efectividad a prueba documental por ésta propuesta al respecto, manifestar no poder determinar si las muestras tenidas en cuenta para emitir aquel primer dictamen eran iguales o distintas, resultándole técnicamente imposible dictaminar si las hojas que sirvieron de muestra eran iguales, por no poder disponer de ellas al haber sido retiradas del laboratorio después de un tiempo de conservarlas, con lo que se desvanece la constatación del dictamen del mencionado ingeniero.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo tercero, planteado con amparo en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción del artículo 632 de las misma Ley Procesal, en lo que guarda relación con el informe pericial emitido en autos por el perito ingeniero don Vicente C H., pues aparte que la prueba pericial a que este último precepto se refiere es de valoración por el Tribunal de instancia de acuerdo con las normas de la sana crítica, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 6 de febrero de 1984, y que, como proclaman las de 20 de marzo de 1953, 9 de junio de 1954 y 23 de enero de 1984, no cabe combatir el juicio dado por el Tribunal de instancia en virtud de su examen y apreciación del conjunto de pruebas por el resultado aislado de alguno de sus elementos, es lo cierto que

dicho informe sí reconoce que el papel pergamino en cuestión, en función de su naturaleza intrínseca, podría ser válido para el empaquetado de grasas, en manera alguna afirma que lo sea para el de mantequilla, que es la finalidad para la que se dice encargado.

Tampoco es de acoger el motivo primero, que la precitada entidad recurrente, «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», fundamenta, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción por inaplicación, del párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, en cuanto dispone que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas», en relación con el artículo 50 del Código de Comercio, previsor de que «los contratos mercantiles, en todo lo relativo a su interpretación... se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código.. —refiriéndose al de Comercio— por las leyes generales del Derecho común», y todo ello a consecuencia del principio *in claris non fit interpretatio*, porque, de una parte, si ciertamente en la hoja de pedido conservada por la compradora recurrida, facturas emitidas por la vendedora recurrente y albaranes de entrega y recepción de las mercancías aportadas por los autos, no se estableció que el papel a suministrar a la precitada entidad «Miquel y Costas y Miquel, S. A.» tuviese las características específicas para el envase de mantequilla, es, asimismo, de tener en cuenta que tampoco lo excluye, y el órgano jurisdiccional de instancia, en actividad encaminada a la determinación de las circunstancias finalistas del encargo en cuestión ante la discrepancia producida entre las partes, así como tratando de indagar la intención evidente de las partes con el encargo genéricamente documentado, cual establece el párrafo segundo del mencionado artículo 1.281 del Código Civil, claramente reconoce, en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en relación con los considerandos de la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia que expresamente acepta, por deducción de otros elementos probatorios traídos a los autos, que el suministro del papel cuestionado fue efectuado en virtud de la finalidad de que fuese idóneo por el empaquetado de mantequilla, lo que no fue cumplido, determinando, en consecuencia, una manifestación fáctica vinculante en casación, al no haber sido atacada eficientemente por la entidad recurrente por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba, que depara el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y emanar de la facultad que en materia de interpretación viene conferida al Tribunal de instancia, en cuanto no se demuestre ilógica o absurda, según tiene declarado esta Sala entre otras y como más recientes, en las Sentencias de 10 de enero, 14 de marzo y 26 de septiembre de 1985, 30 de enero, 20 de marzo y 20 de octubre de 1986 y 23 de septiembre y 8 y 10 de octubre de 1987; y, de otra parte, debido a que lo en realidad pretendido por la precitada entidad recurrente en el desarrollo del motivo que se examina es de establecer en casación una nueva valoración de la prueba, con olvido que no es procedente efectuarlo, dado que, conforme viene indicado en Sentencias de 12 de abril, 21 de marzo y 21 de mayo de 1985 y 24 de junio, 30 de abril y 17 de octubre de 1986, el recurso de casación no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados unos hechos, incólumes de casación en cuanto no sean eficientemente desvirtuados, es adecuada la apreciación jurídica y solución contenida en la sentencia recurrida; y aparte que, en todo caso, a fines de desvirtuar la apreciación probatoria de esta Sala sentenciadora de instancia ningún valor tiene el dictamen que a instancia particular de la mencionada entidad recurrente emitió el ingeniero don José C. P., ya que, cual viene puesto de relieve con el precedente

fundamento de derecho, si bien en principio afirmó, con base en muestras que le proporcionó la entidad «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», que el papel que le fue presentado puede servir para el embalaje de alimentos en general y mantequilla en particular, posteriormente en certificación expedida a instancia judicial, dando efectividad a prueba documental propuesta por la entidad demandada, ahora recurrida, «Envases y Complejos, S. A.», manifiestan no poder determinar si las muestras tenidas en cuenta en aquel dictamen emitido a instancia particular de la tan citada entidad demandante, ahora recurrente, se correspondían, al que también emitió, mediante dicha certificación, ante el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de meritada entidad demandada ahora recurrida, y concretamente si eran iguales o distintos, resultándole técnicamente imposible determinar si las hojas que sirvieron de muestra eran iguales por no poder disponer de ellas al haber sido retiradas del laboratorio después de un tiempo de conservarlas, con lo que, según ya también viene anteriormente expuesto en el segundo de los fundamentos de derecho de esta resolución, hace desvanecer la constatación real de su dictamen, que, además, para que tal dictamen generase efectividad probatoria al respecto debía de haber sido prestado por las normas procedimentales que exige a la prueba pericial la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea, con constatación ante la autoridad judicial y con la intervención de las partes.

Procede rechazar el motivo quinto, formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender la entidad recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial sobre aplicación indebida de normas, al subsumir los hechos probados en el ámbito de lo que equivocadamente se estima aplicable en cuanto la dicha resolución impugnada estimó ser de aplicación al supuesto de autos el artículo 31 de la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de grasas comestibles, margarinas y preparados grasos, contenido en el Real Decreto 1011/1981, de 10 de abril, y según criterio de dicha recurrente, esa reglamentación, si bien es aplicable a las «margarinas», no lo es en relación con la «mantequilla», que es a lo que se contrae la litis originadora del presente recurso, pues contra ello se alza en contra, con toda claridad, el contenido de la normativa reflejada en el mencionado Real Decreto, complemetaria del Decreto 2519/1984, de 9 de agosto, y concretamente en su artículo 31, que al disponer que «las grasas comestibles deberán expenderse al consumidor, tanto industrial como público, debidamente envasados y rotulados», que podrán serlo en envases consistentes de «cisternas, depósitos y bidones, de materiales que cumplan lo establecido en el artículo 12» y «los compuestos celulósicos parafinados, sulfurizados o complejos, vidrio, cerámica, envases de material macromolecular autorizado para tal fin o cualquier otro material que previamente haya sido autorizado por la Dirección General correspondiente del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social», indudablemente tiene aplicación a la «mantequilla», en discrepancia de lo apreciado en el motivo que se examina, toda vez que el citado artículo 12 del mencionado Real Decreto, al que el referido 13 expresamente se remite, concretamente previene, como condiciones generales de los materiales, todos los «de las máquinas y demás elementos que estén en contacto con materias primas o auxiliares, artículos en curso de elaboración y envases serán de características tales que no puedan transmitir a las grasas propiedades no vivas y originar, en contacto con ellas reacciones químicas, físicas o biológicas perjudiciales», y el artículo 8.º del tan aludido Real Decreto 1011/1981, de 10 de abril, considera como preparados grasos «los productos de aspecto graso elaborados con grasa

y/o aceites comestibles, con o sin agua y otros ingredientes alimenticios o alimentarios siempre que el ingrediente fundamental sea el graso», cuyas características concurren en «mantequilla», requiriendo solamente en su apreciación, según se deduce del contexto del artículo 27 del tan mencionado Reglamento, se ajuste a las características fijadas en las declaraciones que la Entidad elaboradora tiene obligación de presentar en la Dirección General correspondiente del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, en el momento de su registro, aspectos que puestos en consideración con los envases cuestionados conducen al reconocimiento de incumplimiento por su suministrador «Miquel y Costas y Miquel, S. A », de las condiciones reglamentarias, aunque con limitada asignación a lo correspondiente a los suministros encargados y efectuados con posterioridad al repetido Real Decreto 1011/1981, de 10 de abril, puesto que en la recurrida sentencia se establece, sin desvirtuación eficiente por la entidad recurrente por la causa del error en la apreciación de la prueba que posibilita el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ha sido apreciado al examinar los motivos cuarto y tercero, la no concurrencia en los envases cuestionados de los requisitos reglamentariamente exigidos en su destino de aplicación a la «mantequilla», y también afirma, asimismo, sin desvirtuación, la carencia de autorización de tales envases a tal fin por la Dirección General correspondiente del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, requerida por el tantas veces mencionado artículo 13 del Reglamento de que se viene haciendo mención.

Formulado el motivo octavo, con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida infracción del artículo 1 311 del Código Civil, previsor de que «la confirmación puede hacerse... tácitamente», en concordancia con el principio jurisprudencial de los llamados «actos de apropiación o de utilización», con la equivalencia a una admisión de la prestación, a modo de expresión de una latente voluntad de aceptarla, cuya eficacia jurídica dimana de entenderse que quien hace uso, conforme a lo convenido, de la cosa y ejecuta así el contrato es porque admite quedar vinculado recíprocamente, incardinado además con el principio *venire contra factum proprium*, su inconsistencia y consiguiente desestimación surge de tener en cuenta que la circunstancia, alegada como base fundamentadora el expresado motivo, de que la demandada «Envases y Complejos, S. A.», pudiese haber venido utilizando el papel destinado para los envases de «mantequilla» suministrados por la entidad demandante «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», con posterioridad a haberle sido devueltas partidas de tal mercancía que dicha demandante, a su vez, había proporcionado a la entidad «Lactaria Montañesa SAM. S. A.», no es por sí solo eficaz para generar la confirmación de otros suministros del papel de envase-cuestionado con defecto determinante de incumplimiento contractual, puesto que, de una parte, tratándose de suministros independientes, lo que se acepta en relación a unos, de manera alguna vincula a los demás, y de, otra parte, en razón a que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 10 de noviembre de 1981, no supone confirmación tácita el no ejercicio de una acción de nulidad, es decir, la determinada por faltar uno de los elementos esenciales del contrato fijados en el artículo 1.261 del Código Civil, puesto que solamente alcanza a los anulables, es decir, a los contratos en que, concurriendo tales precisos elementos, se produzca en ellos algún vicio subsanable, que no es lo sucedido en relación con la mercancía de que se trata, dado que al no ser entregada la cosa convenida —material susceptible al envase de la «mantequilla»— falta realmente el objeto del contrato, y, por tanto, uno de los esenciales elementos para darle vida en el

campo del derecho, no generándose con ello causa viabilizadora de confirmación, que como queda dicho solamente tiene posibilidades en el aspecto de contratos anulables, ya que en orden a los nulos su efecto vivificante únicamente puede producirse a medio de su ratificación, cuya naturaleza no es el suplir deficiencias sobre elementos contractuales, sino constituir un nuevo acto jurídico, aunque lo sea con el carácter de no independiente del que ha sido ratificado, pues que está motivado precisamente por su existencia, pero que requiere una manifestación expresa convalidante de las causas de nulidad existente, y mucho más si se tiene en cuenta que significando, en definitiva, la ratificación la renuncia a la acción de nulidad que el derecho faculta, precisa para su apreciación una expresión clara, precisa y concluyente, determinada por una manifestación de voluntad revelada formalmente de modo expreso y no basada en meras presunciones.

Es asimismo de llegar a la solución desestimatoria del motivo segundo, que, al amparo del tan citado número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata de fundamentar por la entidad recurrente «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», en infracción, a causa de no haberlo aplicado, del artículo 342 del Código de Comercio, en cuanto establece que «el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esa causa contra el vendedor», en relación con el artículo 345 del Código de Comercio, previsor de que «en toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto de contrario», y 50 del mismo cuerpo legal mercantil en relación con el 1.490 del precitado Código Civil, determinante de que «las acciones que emanan de lo dispuesto en los artículos precedentes se extinguirá a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida», «toda vez que esa normativa tiene exclusiva aplicación al supuesto de vicios de la cosa, pero no al de entrega de cosa diferente de la entregada, que es lo que ocurre en el presente caso, según certeramente ha sido apreciado en la sentencia recurrida, pues en tal caso al estar en presencia de un *aliud pro alio*, significado por la entrega de cosa distinta, en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin para el que fue concertado el contrato, resultando inútil al fin el destino, es equiparable a la falta de entrega, a lo que corresponde no el plazo de prescripción de las acciones por causa de vicios en la cosa, sino de falta de entrega, a la que alcanza el plazo de prescripción de quince años, establecido en el artículo 1.964 del Código Civil, por las acciones personales.

Decae el motivo séptimo, planteado con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en alegada infracción, por no aplicación, del artículo 4.1.º del Código Civil, que establece la procedencia de «la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regula otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón», en relación con el artículo 1.6.º del Código Civil —que incardina a la jurisprudencia dentro del marco de normas o fuentes de derecho—, y en concordancia con el principio jurisprudencial establecedor de que los efectos jurídicos entre las partes contratantes no se verán afectados por incumplimiento de carácter puramente fiscal, que la precitada recurrente entiende extensible por analogía a los de carácter administrativo, porque si es cierto que un incumplimiento de éstos no prima o interfiere en los efectos jurídicos del contrato a que se contrae el debate jurídico planteado, realmente convenido entre las partes, limitándolo o restringiéndolo, ni por tanto el hecho de que la referida entidad

«Miquel y Costas y Miquel, S. A.» no estuviese inscrita en Registro público establecido para fabricar material destinado al embalaje de alimentos, pues la resolución impugnada en manera alguna se basa exclusivamente en tal circunstancia, que considera a los meros efectos complementarios de argumentación, sino fundamentalmente en el hecho apreciado de que el objeto convenido a entregar no cumplía las condiciones pactadas, al no ajustarse a la reglamentación establecida al respecto, y concretamente de las derivadas de lo normado en el artículo 31 del Real Decreto 1011/1981, de 10 de abril, cuyo efecto ya fue considerado precedentemente al examinar el motivo quinto.

La inconsistencia y consiguiente desestimación del motivo sexto, planteado igualmente al amparo del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y formulado con base en pretendida infracción, por no aplicación, del artículo 2.04,1 en relación con el 2.04,2,3.° *a)* y *b)* del Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre de 1967 (Código Alimentario Español, en vigor según el Decreto 2519/1974, de 9 de agosto de 1974, desde el día 9 de marzo de 1975), sobre «condiciones generales del material relacionado con los elementos, aparatos y envases de productos alimentarios», porque evidenciando de lo apreciado en la sentencia recurrida, tanto en su aspecto fundamentador como en cuanto expresamente acepta los considerandos de la pronunciada en fase procesal de primera instancia, que el papel adquirido por la entidad demandada, ahora recurrrida, «Envases y Complejos, S. A.», a la entidad demandante, ahora recurrente, «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», determinante de las reclamaciones formuladas en las suplicas de los escritos inicial de demanda y de reconvención ejercitada en el correspondiente escrito en que se formuló, emana de encargos efectuados con posterioridad a la publicación en 1 de junio de 1987, en el «Boletín Oficial del Estado», del Real Decreto 1011/1981, de 10 de abril, claramente conduce a la inaplicación al presente caso de la invocada normativa en que la recurrente sustenta el motivo que se examina, y, en consecuencia, el recurso en cuestión, sino por el contrario lo prevenido en el mencionado Reglamento aprobado por Real Decreto de 10 de abril de 1981, precisamente complementario en desarrollo del referido Código Alimentario Español, que nada disponía sobre módulos especiales de envases a fines de «mantequilla», pasado a regular concreta y específicamente en el tan citado Real Decreto 1011/1987, que sanciona la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de grasas comestibles (animales, vegetales y anhidras), margarinas, minarinas y preparados grasos, y singularmente su artículo 31, en relación con los 12 y 27, de procedente aplicación a la mercancía objeto de litis, tanto en las pretensiones de la demandada como de la reconvención, de conformidad con lo dispuesto en su disposición transitoria segunda, que sí posibilita, en su párrafo primero, la posibilidad de que durante el plazo de diceciocho meses a contar desde la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de dicha Reglamentación, que tuvo lugar el día 1 de junio de 1981, o sea hasta diciembre de 1982, los industriales entonces dedicados a la fabricación de grasas comestibles (animales, vegetales y anhidras), margarinas, minarinas y preparados grasos podrán seguir utilizando las existencias en almacén o contratadas, envases, cierres, envolturas o etiquetas de todo tipo que tuviesen en uso y no se ajusta a lo dispuesto en dicha reglamentación, sin embargo en su párrafo segundo dispone que después de la mencionada publicación del referido Real Decreto —que como queda manifestado tuvo lugar el 1 de junio de 1981— todo encargo de envases, cierres o envolturas o etiquetas se ajustará a lo establecido en el texto de la precitada reglamentación, con proyección a la cuestión sometida a controversia, en cuanto que los encargos de la mercancía cues-

tionada tuvieron efecto después de entrar en vigor tal normativa reglamentaria contenida en el aludido Real Decreto 1011/1981, de 10 de abril.

Tratando del motivo noveno, que se formula con amparo en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender la entidad recurrente «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», que la resolución impugnada infringe, por no aplicación, la norma contenida en el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tal entendida proyecta con carácter sustantivo, su no acogida viene determinada por la circunstancia de que si bien, conforme a la orientación jurisprudencial a que se alude en dicho motivo, el acuerdo convenido a efectos de determinación del estado, calidad o cantidad de géneros recibidos, con alcance a constatación de daños y perjuicios y fijación de su montante, que haga necesario acudir al procedimiento previsto en dicho artículo 2.127, sólo produce efecto entre vendedor y comprador que lo hubiesen convenido, pero no con alcance a tercero, es lo cierto que la sentencia recurrida, para llegar a la solución que acoge en cuanto a la mercancía suministrada a la entidad «Lactaria Montañesa, S. A.», por la entidad demandada-reconveniente «Envases y Complejos, S. A.», reconociéndola como módulo cuantitativo compensatorio en relación con la cantidad que se reconoce de la reclamada en medio del escrito inicial de demanda formulada por «Miquel y Costas y Miquel, S. A.», se basa no simplemente en dicho convenio, sino como se expresa en su sexto fundamento de derecho *in fine*, en concordancia con el considerando séptimo también de su parte final, de la sentencia de primera instancia que acepta, en reconocer acreditada la devolución, por causa del defecto apreciado en el papel suministrado de que se viene haciendo mención, en un alcance contraido a la cantidad de 1.819.688 pesetas, reconocida por tal concepto, y por «mantequilla» inutilizada por el uso de quel defectuoso papel, en un alcance reconocido en suma de 3.000.000 de pesetas, revelando en consecuencia aspectos de hecho vinculantes en casación en cuanto no han sido desvirtuados ni intentado hacerlo por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba, que autoriza el número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues según tiene declarado esta Sala, y de ello son exponente las Sentencias de 17 de julio de 1982, 18 de marzo de 1932, 2 de julio de 1940, 23 de enero de 1964, y las más recientes de 29 de noviembre, 10 de diciembre de 1985 y 13 de octubre de 1987, la realidad del daño indemnizable, a efectos del artículo 1.101 del Código Civil, y concretamente contravención del tenor de las obligaciones, es facultad del juzgador de instancia, contra la que no cabe casación por la vía o cauce del número 5.° —antes 1.°— del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que acudió la mencionada entidad recurrente como soporte del motivo ahora examinado, sino por la del número 4.° del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ejercitado, según viene dicho, en orden a tal cuestión por la entidad recurrente, a medio del que se acreditare error en tal apreciación judicial indemnizatoria.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCURRENCIA DE SUS REQUISITOS (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1989).

Promovido por la Entidad «Tableros, Maderas, Hijas de Franco Tormo, S. A », ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valencia demanda de

juicio ordinario de menor cuantía contra «Hidroeléctrica Española, S. A.», sobre reclamación de cantidad, con fecha 17 de junio de 1987 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 19 de septiembre de 1986, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que teniendo en cuenta la prueba practicada se llega a la conclusión razonable de que el incendio se produjo en el cable de baja tensión que alimentaba a la industria, el que unía el transformador de la demandada con el cuadro general de distribución de aquélla. Esta conclusión se desprende inequívocamente del informe pericial, obrante en autos, y, de las declaraciones testificales y de un conjunto de factores. B) Que si la instalación eléctrica de la fábrica de la demandante se hallaba protegida con tubo Bergman, como se desprende inequívocamente de que en 1984 la compañía aseguradora de la fábrica rebajase un 10 por 100 de la prima por esa razón, por el contrario, el cable de la demandada, que unía por el aire el transformador con el macho general de distribución, tenía la antigüedad de cincuenta y cinco años y no tenía protección especial, observándose, aparte de su antigüedad, el deterioro de su aislamiento, hasta el punto de que éste ha desaparecido en algunos tramos.

Los dos únicos motivos del recurso se formulan al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncian, respectivamente, aplicación indebida, en el primero, e interpretación errónea, en el segundo del artículo 1.902 del Código Civil. Aun cuando de su mero encabezamiento ya parecen desprenderse escasas posibilidades de éxito para ambas, ya que, al respetar los hechos declarados probados por la resolución recurrida, en los que se hace constar el mal estado de aislamiento de la línea eléctrica de baja tensión propiedad de la demandada, resulta de ineludible aplicación el mecanismo indemnizatorio que, para el supuesto de causación de daños a terceros, contiene el aludido precepto del artículo 1.902, la lectura detenida de los motivos permite contemplar cómo en los mismos, de manera confusa y con grave infracción de las formalidades mínimas, aún hoy exigidas por la nueva regulación procesal del recurso de casación, parecen también encubrirse tentativas de impugnación de la prueba, lo que nos obliga a decretar la desestimación de los dos motivos en atención a las siguientes razones: Primera: Por lo que se refiere a esa no anunciada y mal dirigida impugnación de la prueba pericial y testifical, en la que la resolución recurrida basa su conclusión fáctica de que el incendio se produjo en el cable de baja tensión, que se hallaba desprovisto de protección especial, porque uno y otro medio de prueba son libre apreciación, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones no son, en principio, atacables en casación. Segunda: En lo que afecta a la impugnación que pretende hacerse del párrafo del fundamento quinto de la sentencia recurrida, que alude a la innecesidad de acudir a la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, porque, obviamente, tal párrafo entraña, como claramente se desprende de su simple lectura, un mero *obiter dictum* o razonamiento complementario, en el que tras apreciar la existencia de culpa por parte de la demandada, razón que, aun sin necesidad de ella, y por aplicación de tales mecanismos jurídicos, se llegaría a idéntica conclusión, razonamiento este *ex abundantia* que, por no haber influido directamente en el fallo, no puede ser combatido a través de un recurso de casación que, según la reiterada doctrina de esta Sala, sólo puede dirigirse contra el fallo y no contra los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida. Tercera: Que partiendo de la resultancia fáctica en que se basa la

resolución que se recurre, y que no ha sido eficazmente combatida en este recurso, hemos de llegar a la necesaria conclusión de que se halla bien aplicado el precepto del artículo 1.902 del Código Civil, sin que, en modo alguno, proceda entenderlo infringido por aplicación indebida ni por interpretación errónea, al darse cuantos requisitos fácticos deben de servirle de sustento y haberse extraído de su correcta aplicación las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan.

R. DE A.

COMPRAVENTA: SIMULTANEIDAD DE LA FIRMA DE LA ESCRITURA Y PAGO DEL PRECIO. RESOLUCION DE VENTA DE INMUEBLES. CLASES Y FUNCIONES DE LAS ARRAS: REQUISITOS DE LAS PENITENCIALES (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1989).

Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Pamplona que, confirmando la de primera instancia procedente del Juzgado número 1 de los de San Sebastián, condenó al demandado vendedor en el contrato de 24 de octubre de 1985, al cumplimiento del mismo, otorgando cuantos documentos fueron precisos para la transmisión, al demandante comprador, de la vivienda objeto de dicho contrato, debiendo percibir aquél de éste en el momento del otorgamiento de la escritura, siete millones de pesetas resto adeudado del precio total, se alza el demandado articulando, frente a dicha sentencia, seis motivos de casación al amparo los dos primeros del apartado 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba y, bajo el apartado 5.° de la misma norma de cobertura procesal, los restantes, en denuncia de estar incursa la resolución impugnada en infracción de los artículos 1.279, 1.124 y 1.281 en relación con los 1.255 y 1.091 y, por último, en indebida aplicación del artículo 1.454 del Código Civil todos.

Los dos iniciales motivos del recurso, en los que el demandado acusa la inexistencia de error en la apreciación de la prueba, son manifiestamente inestimables, atenidos, por lo que hace al primero de ellos, que afirma la existencia en el contrato de compraventa del piso de una cláusula, verbalmente convenida, que condicionaba la validez de la venta a que, la compradora, facilitase al demandado, otra vivienda de menor tamaño que la vendida, a que tal estipulación, improbada según la instancia, permanece en la misma situación después del recurso en el que se pretende lo contrario deduciéndolo del certificado de la Caja de Ahorros de Guipúzcoa expresivo de haber ingresado el actor en su libreta, el mismo día del contrato, dos millones de pesetas y no los dos millones treinta mil que en la estipulación 2.° *a)* del documento privado de venta aparecen entregados por la vendedora, circunstancia que por sí está lejos de acreditar que, estas treinta mil pesetas no ingresadas, se destinasen «al pago de gestiones» de la nueva vivienda que se afirma prometida y mucho menos, que el supuesto compromiso en cuestión se asumiese por la compradora y no por el agente intermediario y además precisamente como condición de la venta documentada, la cual, entrando ya en el otro motivo también por error de hecho e igualmente inestimable, tampoco aparece condicionada al pago de la cantidad que restaba del precio total convenido, como insiste el recurrente, cuya tesis se desvanece sin más que la lectura de la estipulación en la que pretende apoyar el condicionamiento que dice, lectura de la que, textualmente resulta, que «el resto, es decir,

siete millones de pesetas, será abonado en el acto del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y cuya fecha será el 16 de diciembre del presente año», literalidad que confirma, bien claramente, en relación con el resto del contrato, inequívoco en punto a la cosa y determinación del precio, «la existencia de un contrato de compraventa de un piso que cumple con los requisitos del artículo 1.445 del Código Civil» como proclaman el 2.º fundamento jurídico de la sentencia combatida, cuya corrección y la de primera instancia confirmada, tampoco puede ser puesta en cuestión, entendiendo como se hace en los motivos tercero y cuarto que, puesto que la Ley —artículo 1.279 del Código Civil— no exige el previo otorgamiento de escritura pública para que el comprador pague el precio, la falta de abono del convenido después de hecho el oportuno requerimiento determina la resolución que estable el artículo 1.504 del propio Ordenamiento, razonamiento y conclusión inatendibles cuando, como acaba de exponerse, expresamente se pacta la simultaneidad de la escritura pública y el pago del resto del precio ya que, el acuerdo de interdependencia de las obligaciones en tal caso, impide hablar de que el comprador haya incumplido cuando la escritura aún no se ha otorgado y, mucho menos, de que, desde ningún punto de vista, se dé la voluntad reacia al cumplimiento a que aquel artículo 1.504 del Código Civil está sujeto por aplicación del genérico 1.124 del propio Código (Sentencias de 14 de febrero y 22 de marzo de 1985, 7 de julio y 9 de octubre de 1987 y 26 de enero de 1988, entre tantas otras).

Los dos motivos, quinto y sexto, del recurso que faltan por examinar, obedecen a un mismo punto de partida cuya improsperabilidad determina su perecimiento, ya que, ambos se articulan sobre la base de entender que la cláusula 4.ª del contrato privado suscrito el 24 de octubre de 1985, expresiva de que por falta de cumplimiento por la compradora de las obligaciones contraídas en el propio documento «perderá la cantidad de 1.000.000 de pesetas cuyo importe quedará en poder del señor P. (vendedor) en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por anulación del contrato. Asimismo si don Eduardo P. B. incumpliere lo estipulado en el mismo, vendrá obligado a devolver a la señora G. la cantidad de 2.000.000 de pesetas equivalentes a la suma percibida como señal más 1.000.000 de pesetas en concepto de indemnización», tiene la significación de ser una estipulación que «puede reconducirse —dice el recurrente— a las arras, artículo 1.454 del Código Civil», afirmando así la existencia de unas arras penitenciales, negadas por la interpretación del juzgador de instancia, que les atribuye la naturaleza de arras penales previstas para caso de incumplimiento (art. 1.152 del Código Civil) como se deduce del contexto general del contrato (art. 1.285) y de la propia conducta confusa, sigue diciendo la sentencia, del demandado que achaca el supuesto incumplimiento, por un lado, a la obligación (incumplida) de facilitarle un apartamento y, de otro, al impago del precio convenido, interpretación que ha de ser confirmada, no sólo por respeto al criterio interpretativo del Tribunal de instancia prevalente salvo error, falta de lógica o contrario a normas de hermenéutica (Sentencias de 6, 9 y 18 de diciembre de 1985 y 25 de mayo de 1987) sino porque aquel criterio es coincidente, en sus conclusiones, con el de una reiterada doctrina jurisprudencial de la que igualmente se hace eco la resolución combatida, contenida, entre otras, en las Sentencias de 20 de mayo de 1967, 26 de diciembre de 1970 y 12 de febrero de 1982, la cual es conforme en que de las tres funciones tradicionalmente asignadas a las arras, como señal en la celebración de un contrato o prueba de su cumplimiento (arra confirmatoria), como entrega de cantidad para responder del cumplimiento del contrato o arras penales que tienen una función estricta de garantía de

cumplimiento, ya que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo y, como arras penitenciales que facultan la resolución del contrato perfeccionado, siendo a estas últimas, a cuyo cometido de garantía de cumplimiento se une la facultad de resolver el contrato, a los que el artículo 1.454 del Código Civil se refiere, debiendo serles atribuido un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que establezcan, de modo que, la nota genérica de no presunción de las arras, alcanza en éstas su mayor rigor, exigiendo su constancia si no denominándolas expresamente con su específico nombre, sí haciendo constar, inequívocamente, la función resolutoria que contienen, circunstancia cuya falta en el caso presente obliga a rechazar la pretensión que, contra la interpretación de instancia, pretende el recurrente lo que determina, a su vez, la claudicación de estos dos motivos quinto y sexto que se examinan y en los cuales, a mayor abundamiento, es omitido el dato bien significativo, de que el vendedor no se apartó en general de señalar, en sus repetidas intervenciones posteriores al contrato de 24 de octubre de1985, intervenciones que van desde el requerimiento de 14 de febrero de 1986 a la confesión prestada en autos (posición 6.ª), pasando por la reconversión (hecho II), como motivo básico de la resolución que postula el de las incumplidas promesas (del comprador) de proporcionarle otra vivienda de más reducida extensión, en vez de invocar, lisa y llanamente, la facultad resolutoria del contrato, que hubiera sido lo procedente de estar en el caso del artículo 1.454 del Código Civil ahora postulado

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES. RESOLUCION POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR EL COMPRADOR GARANTIA HIPOTECARIA (IRRELEVANTE POR SER CONOCIDA POR EL). CARACTER DE LA RESOLUCION. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1989).

La sentencia recurrida, dictada por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia en 18 de noviembre de 1987, confirma la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Denia, en cuanto declara resuelto el contrato de compraventa otorgado por los cónyuges P.-P. y don Mariano M. G. en documento privado de 19 de diciembre de 1983, en relación con los documentos de 2 de mayo de 1984 y 29 de abril de 1985, dado que medió impago de parte del precio, los inmuebles y el Bar-Restaurante se habían entregado al momento de la firma del contrato, que incluía la cláusula resolutoria y el requerimiento notarial se había producido en 26 de julio de 1985, disintiendo solamente en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, pero acordes en la desestimación de las excepciones alegadas de falta de legitimación activa y litisconsorcio pasivo necesario. Contra la resolución del órgano jurisdiccional colegiado se interpuso por don Mariano M. G. el presente recurso de casación.

Por razones de técnica casacional, ante la proyección que pudiera tener en los demás motivos, se analiza con prelación el cuarto, único que ataca la apreciación probatoria llevada a cabo por la Sala de instancia; se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 de la LEC y pretende que se recojan como hechos probados

que el pago de tres millones de pesetas que vencía el 27 de abril de 1985 se condicionaba en el documento del 29 de los propios mes y año a que el señor M. obtuviera de la Caja de Ahorros de Alicante y Murcia un préstamo con garantía hipotecaria sobre las fincas objeto de la compraventa, según se desprendía del propio documento, siendo así que el préstamo no pudo concederse porque los locales comerciales no estaban libres de cargas y gravámenes, existiendo en el Registro de la Propiedad una mención de estar afectos a la quiebra de don Francisco R. M., lo que resultaba de la carta de la Caja de Ahorros de 10 de junio de 1985 y de la propia escritura de compraventa de 13 de septiembre de 1985 por la que la Sindicatura de la quiebra del señor R. vende los locales litigiosos a don Rafael L. L. y su esposa, de forma que si la demandante señora P. hubiera tenido en regla la titularidad dominical se hubiera podido formalizar la escritura de préstamo hipotecario. El procedimiento del motivo es obligado porque se pretende una nueva secuencia valorativa, como si de tercera instancia se tratase, cosa que en modo alguno es la casación, en la que sólo pueden examinarse los documentos citados para ver si de ellos se desprende con literosuficiencia, es decir, de forma clara y limpia, sin necesidad de nueva exégesis, el dato que se trata de introducir; y esto no ocurre en el caso que nos ocupa, en el que la Audiencia, después de examinar toda la documentación, señala: que al comprador le constaba quién era el titular registral; las sucesivas transposiciones (sic) o titularidades de los locales; la inscripción a favor de don Rafael L. L. (contrato de 19 de diciembre de 1983); que el hoy recurrente entró inmediatamente en la posesión de los locales y del negocio; que no pagó el segundo plazo, de 27 de abril de 1985, conviniéndose el 29 del citado mes y año «que el señor M. haría efectiva la suma de tres millones de pesetas, en el plazo de cuarenta y cinco días, lo que tampoco realizó, sin que la no concesión del crédito con garantía hipotecaria, del que esperaba obtener efectivo para hacer aquel pago, dependiera de actos del acreedor demandante, y que mal podría obtenerse aquel crédito con garantía hipotecaria a constituir sobre los inmuebles a que se refería la compraventa que se trata de resolver, porque de haberse realizado aquel pago las partes habían convenido el otorgamiento de escritura pública al comprador, acto posterior a la concesión del mencionado crédito»; que con lo que pagase los vendedores habían de satisfacer parte del precio pendiente a los anteriores propietarios; y, en fin, que «el hecho de haberse otorgado escritura pública por el titular registral a favor de don David P. P., en 13 de septiembre de 1985, en nada se opone a la acción resolutoria ejercitada en autos, porque la condición resolutoria ya se había producido desde el momento en que el deudor dejó de cumplir sus obligaciones (estipulación cuarta) y el acreedor manifiesta su voluntad resolutoria notarialmente en 26 de julio del mencionado año...». En definitiva: no puede el recurrente prescindir de cuanto antecede, ni de la segunda cláusula del contrato de 29 de abril de1985, ni obtener diferentes conclusiones de la cláusula tercera, aislándola para ello del conjunto contractual, olvidando que la interpretación de los contratos corresponde a la Sala de instancia (Sentencias de 8 y 10 de octubre y 23 de septiembre de 1987; 31 de enero, 21 y 28 de febrero, 20 de marzo, 8 y 15 de julio, 20 y 22 de octubre de 1986, por citar sólo algunas), que se muestra en el caso que nos ocupa razonable y conforme a las reglas de la sana crítica, aparte de que más que un problema de apreciación se trata de atacar la valoración llevada a cabo y ello ha de hacerse con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, citando las normas de hermenéutica que se consideran infringidas, pues otra cosa es hacer supuesto de la cuestión (Sentencias de 6 y 14 de febrero, 1 de abril o 26 de junio de 1987), debiendo advertirse desde ahora que

todo lo dicho abarca al resto de los motivos y que en ellos ha de partirse de la base fáctica expuesta y de la que no ha sido objeto de impugnación, sin analizar la prueba y sin estudiar el quinto, articulado sólo para el supuesto de que prosperase el que nos ocupa.

El motivo primero denuncia infracción del artículo 533, número segundo, de la LEC, al no haberse acogido la falta de legitimación activa de la demandante, en el sentido de «falta de acción o derecho». Sobre que la «personalidad» de la demandante se reconoció por el recurrente en el documento de 29 de abril de 1985, cual señala la Audiencia, al decirse «Intervienen: los señores R. y M. en su propio nombre y derecho, y la señora P. por sí y en nombre y representación de la herencia de su esposo don José P. P.», es claro que también se le reconoció la pertenencia del derecho transmitido y que éste lo fue efectivamente (puesta en posesión), aunque la lex comisoria explícita produjo sus efectos de modo automático, *ipso iure*, una vez notificada notarialmente la voluntad resolutoria, por lo que, cual dice la Sala de instancia y como se ha entrecomillado en el fundamento anterior, en nada empece el que después de la resolución se otorgase escritura pública por el titular registral a favor de don David P. P. porque el fallo judicial sólo es necesario para constatar dicha resolución cuando el afectado por ella se niega a sus consecuencias, pero prueba de que la extinción del contrato se produjo es que el Juez ya no puede concederle nuevo término para el pago; si, pues, ya no se puede pagar y el incumplimiento produce la resolución, el fallo judicial tiene como única finalidad evitar el que quien tiene el derecho, cual dice el recurrente «se tome la justicia por su mano», lo que indica que esa justicia, ese derecho, ya existían por disposición de la Ley y voluntad de los contratantes, mas el requisito del requerimiento a través de notario, todo lo cual hace decaer igualmente el motivo tercero, basado, equivocadamente, en que la resolución no se produce hasta que recaiga el fallo de los Tribunales, pues esto sólo es necesario para la efectividad de la resolución, no de la resolución en sí, que se produce de pleno derecho una vez que el vendedor ha optado por la misma y lo ha puesto en conocimiento del comprador mediante una de las formas previstas por el artículo 1.504 del CC, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos (ver, por ejemplo, aunque referidas al art. 1.124, Sentencias de 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943 y 20 de febrero de 1950).

El motivo segundo acusa a la sentencia de instancia de infringir la doctrina jurisprudencial sobre el litis consorcio pasivo necesario, al no haberse llamado al pleito a don Francisco y don David P. P., aquél por haber estado subrogado en los derechos de los cónyuges P.-P. antes de la transmisión de éstos al señor M. G., y éste por ser titular registral con posterioridad a la resolución del contrato. No puede seguir el motivo mejor suerte que los examinados con anterioridad, pues, como dice la Sala de instancia, «ejercitándose por la actora acción resolutoria del contrato de compraventa estipulado en 19 de diciembre de 1983, entre don José P. P. y su esposa doña Josefa P. S., como vendedores, y don Mariano M. G., como comprador, sólo a dichas personas pueden afectar las obligaciones nacidas de aquel negocio jurídico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código Civil, siendo indiferente a estos efectos quién fuera el titular registral al tiempo de interponerse la demanda», aparte de que también afirma que el comprador conocía quien era el titular registral al tiempo de celebrarse el contrato, las sucesivas transmisiones, y que fue puesto en posesión del inmueble y restaurante, siendo la transmisión a don David posterior a la resolución contractual; y esta Sala tiene manifestado, en Sentencias de 16 de diciembre de 1986 y 22 de abril de 1987, que si los efectos hacia terceros se producen con carácter

indirecto, reflejo o prejudicial, por una simple conexión, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, pudiendo serlo de carácter adhesivo.

R. DE A.

ESCRITO DE DUPLICA. INTRODUCCION EN EL DE UNA CUESTION NUEVA (NO PROCEDE): INDEFENSION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1989).

El primero de los motivos articulados aparece residenciado, procesalmente hablando, en el número 3.° del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, al entender quien lo instrumenta que la sentencia impugnada ha infringido, a su juicio, «las normas que regulan la conformación de la sentencia y de forma concreta lo establecido en el artículo 359, en relación con el 548, párrafo segundo, ambos de nuestra Ley adjetiva civil», infracción que centra en el hecho de que referida resolución haya tomado como elemento fundamental para su fallo un supuesto de oposición que fue por vez primera alegado en el trámite de dúplica; la existencia de una novación extintiva, que condujo, precisamente, a la revocación de la sentencia de primera instancia que había admitido la demanda y rechazado la reconversión.

La solución de la interesante cuestión que esta motivación ofrece exige para su adecuada comprensión y solución trazar el oportuno esquema fáctico a la vez que procesal de sus principales puntos, consecuencia de lo cual es lo siguiente: *a)* El actual recurrido y en esta litis actor don Francisco C. L., arquitecto, había sido encargado por la vía demandada y recurrida «Compañía General de Viviendas y Obras, S. A.» (en lo sucesivo VOSA) del proyecto y dirección de la obra dirigida a construir 86 viviendas por cuenta de Cooperativa Santa Gadea de Ayamonte; *b)* Como consecuencia de los defectos y vicios que en referida construcción surgieron, dicha Cooperativa demanda a indicado arquitecto y Constructora, quienes fueron condenados por sentencia firme entre otros pronunciamientos, a satisfacer solidariamente y «en concepto de indemnización el importe de los daños existentes en las 86 viviendas relacionadas en la demanda, más el de mayor coste que en su caso pueda suponer a la actora la realización en la actualidad de lo necesario para evitar la reproducción de los daños, lo que se hará en ejecución de sentencia...»; *c)* Por razón de dicha solidaria condena, el actor en esta litis y actualmente recurrente ejercitada contra VOSA la pertinente pretensión reclamando la mitad de la suma que se vio obligado a satisfacer a la citada Cooperativa quien como consecuencia de esa solidaria condena había dirigido su reclamación del total importe de los indicados daños y perjuicios contra él exclusivamente; *d)* VOSA, a la vez que contesta dicha demanda, reconviene, reclamando el importe del aumento de los gastos originados por la corrección de los defectos de la construcción, reclamación que apoya en que los vicios son exclusivamente imputables al arquitecto no obstante ser dicho extremo una cuestión ya definitivamente resuelta; *e)* En el escrito de réplica formulado por el actor señor C., que como consecuencia de la reconvención formulada por el demandado viene a constituir en lo que al aspecto procesal se refiere una auténtica contestación a la demanda (en este caso reconvencional), se acompaña por dicho señor un documento privado en el que se contienen unos pactos concertados entre él y VOSA, y *f)* La sentencia de primera instancia estimó que no

podía examinarse la novación alegada en trámite de dúplica al tratarse de una cuestión nueva que no era posible introducir en dicho trámite procesal, sentencia que fue revocada por la aquí impuganda «ya que con el escrito de réplica se aporta el documento que obra a los folios 97 y 98, del que deriva la existencia de un acuerdo novatorio por el que se extinguió la obligación cuya efectividad postula el actor, que fue sustituida por las que resultan de tal documento...», lo que condujo a la desestimación de la demanda, confirmando el particular desestimatorio de la reconvención.

Con vistas a lo que se expuso en el precedente fundamento, la estimación del motivo es ineludible dado que: 1.° Supuesto que la reconvención es procesalmente hablando la demanda que el demandado formula contra el actor al contestar a la por él presentada y que en el mayor cuantía la contestación a ella por el demandante se opera en el escrito de réplica, lo que implica que éste se convierte en una alegación mixta de réplica-contestación; y supuesto también que la reconvención conlleve una acumulación objetiva de acciones, ello implica el que como consecuencia de lo indicado el trámite de dúplica constituye el último escalón de la fase de alegaciones; 2.° Consecuencia de ello es, que ni en la réplica y menos si cabe en la dúplica, se pueden introducir otras alteraciones que las determinadas en el artículo 548-II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, las modificaciones y adiciones de los puntos de hecho que se hubieren consignado en los escritos de demanda y contestación (y, en este caso, también de reconvención), así como las pretensiones y excepciones que se hubieren formulado en ellos, siempre que no alteren el *petitum* de cualesquiera de dichos escritos; 3.° Así centrado el tema, de lo expuesto en el precedente fundamento resulta: *a)* Que el documento privado motivador del problema aquí estudiado, aparece firmado por el arquitecto señor C. y el representante de la entidad VOSA en aquellos momentos, lo que implica su anticipado conocimiento por parte de esta entidad. *b)* Que no obstante lo indicado, en el escrito de contestación-reconvención instrumentado por esa Sociedad, ni se hace mención a referido documento ni tampoco alusión alguna a esa novación extintiva, cuya alegación aparece por vez primera en el suplico de su escrito de dúplica en el que se interesa la desestimación de las pretensiones de la actora y reconvenida «al existir una novación extintiva de las obligaciones», y *c)* Supone esto que en dicho suplico se ha operado una transformación esencial a la vez que procesalmente irregular de la cuestión debatida, al introducir un nuevo y jurídico aspecto respecto de la misma cual es esa novación como forma de extinción de la obligación cuyo cumplimiento reclamaba el actor-reconvenido y hoy recurrente, lo cual supone, cual señalaba el juzgador de primera instancia, introducir una nueva pretensión en momento procesal improcedente ya que puede acarrear como en este caso acontece una auténtica indefensión para el por ella afectado, dado que la materia básica e inicial de la controversia aparece claramente afectada con dicha alegación realizada fuera de los cauces formales clásicos de las fases del proceso (Sentencias de 6 de noviembre de 1966 y las en ella señaladas; 7 de julio de 1978).

R. DE A.

SOCIEDAD COOPERATIVA. OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL PRESIDENTE SIN AUTORIZACION DEL CONSEJO RECTOR (NO VINCULAN A LA ENTIDAD). ACTOS DE TOLERANCIA (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1989).

Como principales antecedentes fácticos a destacar en el presente recurso de casación, son. 1.° Bajo la denominación de Cooperativas de Viviendas del Aire «Carlos Haya» se constituyó en Madrid una Sociedad Cooperativa de ámbito local, que tenía por objeto la promoción de viviendas para sus asociados, a fin de solucionar, por una parte, el problema de la vivienda del personal del Ejército, y por otra, facilitar de modo general, la adquisición de una vivienda en propiedad a todos los miembros de las Fuerzas Armadas, para cuya consecución la Cooperativa podía adquirir, parcelar y urbanizar los terrenos necesarios para la construcción de viviendas y sus edificaciones complementarias, así como realizar cuantos trabajos, obras y servicios fuesen necesarios para ello, y, fundamentalmente, se regía por su Reglamento de régimen interior, promulgado en el mes de junio de 1970. 2.° La citada Cooperativa adquirió la propiedad de determinadas parcelas en la localidad de Majadahonda, al sitio o paraje de la «Huerta Vieja» y sobre ellas, procedió a la construcción de dos urbanizaciones, en dos fases denominadas A), B) y C), conocidas comúnmente por Huertas I y Huertas II, estando integradas por 538 y 30 viviendas, respectivamente, y formando parte de la primera un Club social, piscina y pistas de tenis, cuyo coste de construcción recayó sobre los pisos que constituían esa primera urbanización, la totalidad de la cual fue edificada, por otra parte, con anterioridad a la segunda o C). 3.° Ambas urbanizaciones presentaban unos mismos caracteres en su construcción, ubicación, trazados de calles y zona ajardinada, formando, a simple vista, un conjunto homogéneo sin solución de continuidad, ni signos aparentes de discontinuidad, rodeado en toda su extensión y perímetro por una alambrada metálica; 4.° El presidente de la Cooperativa, el 16 de febrero de 1976 y ante el notario de Madrid don Francisco Javier López Contreras, como sustituto legal de su compañero don Rogelio del Valle González, otorgó escritura de declaración de obra nueva y de división horizontal en relación con la urbanización de la fase C), y en 23 de junio del mismo año y ante el mismo notario, procedió a otorgar la de división horizontal respecto de la otra urbanización, de la fase A) y B), actuando, en cada caso, por expresa autorización del Consejo Rector de la Cooperativa, según certificación unida a las escrituras; 5.° La escritura de 23 de junio correspondiente a «Huertas I», contenía una cláusula o estipulación cuarta que era del siguiente tenor literal: «Siendo colindantes la finca a que se refiere esta escritura y la inscrita en el Registro de la Propiedad de El Escorial, al tomo 248, libro 17 de Majadahonda, finca 1.250, y perteneciendo ambas a la Cooperativa de Viviendas Carlos Haya, los propietarios de las dos fincas podrán utilizar y disfrutar conjuntamente, sin discriminación de las respectivas zonas verdes y de las instalaciones, zona comercial, piscinas, farmacia, servicios y viales, etc., que existan o puedan existir en los terrenos comunes a los propietarios de las respectivas fincas y que no formen parte de los bloques donde éstas se encuentran situadas. Este derecho de utilización y disfrute, existirá, siempre que exista reciprocidad entre las dos fincas, a los efectos expresados. Los gastos que se originen por el mantenimiento, conservación, mejoras y, en su caso, nuevas construcciones o instalaciones, en los terrenos comunes especificados en esta cláusula, serán satisfechos por los propietarios de ambas fincas proporcionalmente a las cuotas que tengan fijadas en las escrituras de adjudicación o venta, por la Cooperativa, del piso o pisos y locales del o de los que sean titulares»; 6.° En escritura de 16 de

febrero, relativa a «Huertas II» no se incluyó cláusula alguna de la naturaleza dicha, ni se hizo ninguna alusión a ella; 7.° En la inscripción registral correspondiente a la finca que forma la urbanización de «Huertas I» no existe mención alguna respecto a la cláusula transcrita, y 8.° Durante algunos años, los propietarios de las viviendas en la urbanización fase C), utilizaron las instalaciones deportivas existentes en la otra, mediante el abono de un canon determinado fijado por la Comunidad A) y B), que les proveyó del oportuno carnet de socio, hasta que surgidas desavenencias motivadas por la inclusión en el canon o cuota de un concepto referido al valor del inmovilizado de las instalaciones sociales y deportivas, los servicios en cuestión dejaron de utilizarse.

La Comunidad de Propietarios de la urbanización fase C) promovió juicio declarativo de mayor cuantía, contra la Comunidad de la urbanización fases A) y B) en el Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial, suplicando en la demanda se dictase sentencia comprensiva de los siguientes pronunciamientos: «I. Condena a tal Comunidad demandada a estar y pasar por el contenio de la estipulación cuarta a que se hizo mención. II. Declare el derecho de los comuneros de la demandante a utilizar la piscina y demás instalaciones de recreo que se detallan en la citada estipulación, sin otra contraprestación que la establecida en la misma, y III. Establecer como bases para, en ejecución de sentencia, determinar el importe de las cuotas a abonar, los de: 1) Equivalencia entre las cuotas pagadas por los propietarios en las fase A) y B), y los de la fase C), sin que exista trato discriminatorio en el procedimiento para su determinación. 2) Lo cuota resultante nunca será superior al resultado de dividir la suma presupuestada por el capítulo de gastos de conservación y mejora de las instalaciones, entre las 568 viviendas que componen la totalidad de la urbanización Las Huertas.» En el procedimiento se personó, oponiéndose, la comunidad demandada, y formuló reconvención interesándose en la misma se dictase sentencia por la que declara nula y/o ineficaz la cláusula cuarta repetida, con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, con condena a la contraparte a pasar por esa declaración. Una vez tramitado el procedimiento, el Juzgado dictó sentencia en 12 de marzo de 1985, desestimando la reconvención y estimando parcialmente la demanda, y en ese sentido se condenaba a la Comunidad de Propietarios de la Urbanización «Las Huertas» fases A) y B), a estar y pasar por el contenido de la reiterada estipulación cuarta, y se declaraba el derecho de los comuneros de la demandante a utilizar las instalaciones que se detallan en la estipulación, sin otra contraprestación que la derivada de la reciprocidad en ella establecida, señalando como bases para, en ejecución de sentencia, determinar el importe de las cuotas a abonar por los comuneros de la demandante, las siguientes: 1 ° Equivalencia entre las cuotas pagadas por los propietarios de las fases A) y B) y los de la fase C), sin que exista trato discriminatorio para su determinación. 2.° La cuota resultante nunca será superior al resultado de dividir la suma presupuestada por el capítulo de gastos de conservación y mejora de las instalaciones, entre las 568 viviendas que componen la totalidad de la Urbanización «Las Huertas»1, y no se hizo especial pronunciamiento sobre costas. La Sala Tercera de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Madrid, conociendo del procedimiento en trámite de los recursos de apelación interpuestos por ambas comunidades, dictó Sentencia en 8 de abril de 1987, por la que estimando parcialmente el formalizado por la Comunidad de la fase C), así como, también parcialmente, el de la Comunidad A) y B) al no accederse al pedimento III de la demanda y desestimándola respecto a su pretensión, como reconveniente, procedió a revocar en parte la sentencia del Juzgado, con los pronunciamientos que se exponen

acto seguido: A) Condenamos a la parte demandada a estar y pasar por el contenido de la estipulación cuarta. B) El derecho de los copropietarios de la Comunidad demandante a utilizar la piscina y demás instalaciones de recreo que se detallan en la misma estipulación, sin otra contraprestación que la establecida en ella. C) Desestimamos la demanda en cuanto pretende la fijación de determinadas bases para la ejecución que están insertas en la cláusula por la que se obliga a pasar a la demanda, sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las dos instancias. Y contra esta segunda resolución se recurre en casación por la Comunidad de las fases A) y B), a través de cinco motivos formulados a tenor del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Procedimiento Civil.

Los cinco motivos del recurso se amparan, como se decía, en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denunciando los tres primeros infracciones de los artículos del Código Civil que se indican a continuación: 1.259, por inaplicación, en relación con la jurisprudencia que se reseña; 1.282, también por inaplicación, en relación con los 1.259 y 1.281 y de la jurisprudencia descrita, y 1.301, por aplicación indebida, en relación con el 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y de la jurisprudencia aplicable. Como acertadamente exponen el Juzgado y la Sala de instancia, la resolución del problema planteado en la litis radica, sustancialmente, en la naturaleza y alcance que haya de atribuirse a la cláusula o estipulación cuarta incluida en la escritura de 23 de junio de 1976, sobre la cual, es conveniente puntualizar cuanto sigue: *a)* su redacción está carente del empleo de términos imperativos, y el derecho de utilización y disfrute que establece, no es absoluto, ni incondicional, al hacerse depender de la existencia de reciprocidad entre las dos fincas, sin matizar nada en orden a cómo debe interpetarse su alcance. *b)* El artículo 58 del Reglamento de Régimen Interior de la Cooperativa no confiere a su presidente facultad alguna para tomar decisiones e imponer derechos y obligaciones semejantes a lo consignado en la cláusula cuarta, correspondiendo a la Junta Rectora, por delegación de la General, las faultades de gestión y representación de la Cooperativa, y, tampoco, entre las facultades que en los artículos 43 y 57 se pormenorizan respecto a las Juntas General y Ordinaria y Rectora, se especifican atribuciones de tal tenor, correspondiendo a la General Ordinaria la adopción de acuerdos sobre los actos de enajenación y gravamen que deba de llevar a cabo la Rectora. *c)* Según la certificación unida a la meritada escritura, la autorización concedida por el Consejo Rector al presidente, el día 21 de junio de 1976, se limitó a «formalizar la correspondiente escritura de división horizontal de la promoción "Las Huertas", de Majahonda». *d)* La cláusula no ascendió al Registro de la Propiedad, y no tuvo ningún reflejo en la escritura de fecha anterior, 16 de febrero, relativa a la otra urbanización, y *e)* En las Juntas Generales Ordinarias de la Comunidad correspondiente a la urbanización de las fases A) y B), concretamente, las celebradas en 25 de febrero de 1979 y 16 de marzo de 1980, nunca se hizo alusión a la existencia de la cláusula cuarta y al tratarse del problema de la incorporación de los componentes de la C) a los efectos del uso de las instalaciones deportivas, se puso de manifiesto la existencia de votos contrarios a la integración, desprendiéndose de las actas levantadas en el curso de las indicadas juntas y de la correspondencia dirigida por el presidente de la urbanización A) y B) al de la C), que el disfrute de aquellas instalaciones por los miembros de la C) y la fijación de la cuota pertinente, correspondía a una decisión tomada en las Juntas por acuerdo de los asistentes.

Las puntualizaciones acabadas de relacionar son determinantes de dos conclusiones: Una que la inserción de la cláusula en la escritura de 23 de junio, respondió, como se razona en la sentencia de primer grado, a una simple mani-

festación o declaración de voluntad del presidente firmante de la escritura, reveladora de su propósito o intención de que los componentes de las dos urbanizaciones usasen y utilizasen en común las instalaciones recreativas enclavadas en la A) y B), o sea, que a dicha manifestación no cabe asignarla más categoría, a lo sumo, que la de los actos jurídicos, desprovista, desde luego, de todo sentido obligacional y dependiente su posible producción de efectos jurídicos, de la futura aceptación que la prestasen los socios de la comunidad a constituir en la urbanización A) y B); sin que la referida manifestación fuese ratificada por actos coetáneos y posteriores del presidente de la Coopertiva, pues la cláusula, ni fue mencionada en la escritura de la Comunidad C), ni en la inscripción en el Registro de aquella otra, sin que el procedimiento resultase acreditado que, de alguna forma, aquél intentara hacerla valer ante los componentes A) y B), con posterioridad a la firma de la escritura, y, tampoco dichos componentes se pronuncian explícita e inequívocamente sobre su aceptación, ya que el contenido de las actas referentes a las Juntas que abordaron el problema y el de la correspondenica dirigida al presidente de la Comunidad C) no permiten sostener opinión contraria, deduciéndose, más bien, que la utilización concedida a sus compañeros de la beneficiaria, se debió a las consecuencias inherentes a las relaciones de vecindad y al justo compañerismo y cortesía debidos a aquellos por pertenecer todos a la misma Cooperativa, no pudiendo aceptarse la tesis de que trajera causa de un acuerdo social adoptado en firme y con carácter definitivo; y la otra conclusión, es que el presidente de la Cooperativa actuó, en el aspecto que se estudia, fuera de las atribuciones que le confirió el Consejo Rector, excediéndose totalmente del ámbito de las mismas, con lo cual, es de llegar a una tercera y definitiva conclusión: que la cláusula controvertida ha de tenerse como ineficaz y desprovista de efectos obligacionales y vinculantes para los cooperativistas de la urbanización de las fases A) y B). De todo ello, es de apreciar la aplicación al caso a los artículos 1.259, 1.281, 1.282 del Código Civil y su no aplicación de los 1.301, también del Código, y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, por no acomodarse esos preceptos a los presupuestos del caso, lo que determina, en definitiva, la estimación de los tres primeros motivos del recurso, por acogerse las infracciones denunciadas en ellos.

R. DE A.

FIANZA: NO CABE LA ACCION QUE EL ARTICULO 1.838 DEL CODIGO CIVIL CONCEDE AL FIADOR, MIENTRAS NO SE HA DISUELTO LA «SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR» EXISTENTE ENTRE EL FIADOR Y EL AFIANZADO (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1989).

El presente recurso de casación se apoya en dos únicos motivos, con base ambos en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que implica que el recurrente acepta los hechos de que parte la sentencia recurrida, pues no los impugna al menos por el cauce adecuado del número 4.° del citado artículo procesal. Por tanto, de tales hechos ha de partir esta Sala para resolver el recurso; hechos que sintéticamente y en cuanto referidos a las cuestiones principalmente debatidas con los siguientes: *a)* Por contrato de 21 de febrero de 1978, reflejado en documento privado, el recurrente señor V. P.,

concertó con los demandados señor A. y señor AR., la instalación y explotación de una Sala de bingo, en inmueble propiedad del dicho señor AR., aportando los otros dos socios la instalación del negocio incluida su puesta en servicio y el personal técnico y auxiliar necesario. Se pactó en el mismo documento la forma de distribuir los gastos e ingresos; así como la duración por cinco años del contrato, prorrogables; previniéndose también la terminación del contrato, reintegrándose las partes sus aportaciones y los beneficios si los hubiere. *b)* Se pactó que el señor AR., según documento privado de 1 de marzo de 1978, se encargaría de la adquisición del mobiliario preciso, y al efecto en el documento mencionado el señor V. P. y el señor A. avalaron dicha adquisición frente al proveedor de los muebles hasta la suma de 6 800.000 pesetas, cuyo pago aquellos fiadores garantizaban en forma solidaria. *c)* En 15 de enero de 1979 los señores V. P. y A. remitieron por conducto notarial a su consocio señor AR una carta en la que renunciaban a la continuación del negocio, visto su mal resultado. *d)* En 27 de julio de 1979 los señores P. y A. demandaron de conciliación al señor AR. instándole a pagarles 5.000.000 de pesetas invertidas por los actores en el mobiliario e instalaciones, y pagar otras cantidades adeudadas a las casas proveedoras objeto de demandas en varios juicios ejecutivos y que rindiera cuenta detallada. *e)* Posteriormente, en fecha 13 de marzo de 1981 se convino entre el señor V. P. y el suministrador de los muebles casa «Muebles Jam, S. A.» la cesión del crédito de ésta a la entidad «Asesoría Jurídica de Inversiones, S. A.», la que procedió en cumplimiento de lo convenido a girar diversas cambiales en contra del señor V. que éste satisfizo puntualmente a sus respectivos vencimientos; en el mismo documento se hacía constar que la citada casa «Muebles Jam, S A.» recibía del señor AR. la suma de 3.500.000 pesetas en la forma que allí se pactó.

Los precedentes hechos que sienta la sentencia de primera instancia, íntegramente aceptados por la ahora recurrida, fueron calificados por ambas sentencias de instancia como constitutivos de la creación y efectos de una sociedad civil irregular al amparo del artículo 1.669 del Código Civil y regida, en consecuencia, por las normas de la comunidad de bienes, y, en primer lugar, por lo pactado; y siendo así, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que «estando los litigantes vinculados a virtud de una sociedad civil irregular constituida en el documento de fecha 21 de febrero de 1978, el socio de una sociedad de ese tipo que ha realizado operaciones de aval a otro consocio comprendidas dentro del objeto social no puede ejercitar con éxito la acción que concede al fiador el artículo 1.838 del Código Civil, mientras la sociedad no se haya extinguido». Con fundamento básico en esta declaración se desestima la demanda en primera instancia, así como en segunda.

En su aspecto fáctico no cabe negar, pues son hechos probados, la constitución de una sociedad civil irregular entre los tres litigantes; sociedad que subsiste desde el 21 de febrero de 1978 y que no ha sido liquidada, ni antes extinguida, ya que, como acertadamente observa la sentencia de primer grado, el demandado señor AR. se opuso a todo intento por parte de los otros colitigantes a su extinción de forma extrajudicial, así como a su subsiguiente liquidación. Siendo así es evidente la existencia de un contrato de sociedad irregular, que vincula a los tres litigantes entre sí; contrato que esta Sala con anterioridad ha declarado plenamente eficaz en la relación interna entre los socios que demostraron en virtud de los pactos convenidos una efectiva *affectio societatis* y cuyos pactos han de cumplir, en primer lugar, y, en lo convenido, atenerse a la normativa de la comunidad de bienes (Sentencias de 21 de noviembre de 1969 y 30 de abril de 1986); sin que el carácter irregular de la sociedad pueda ser invocado por los

socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraidas (Sentencia de 17 de septiembre de 1984); máxime cuando lo convenido en el contrato privado de 21 de febrero de 1978 obliga a los firmantes y han de cumplirlo, no sólo en lo expresamente pactado (arts. 1.091 y 1.978 del Código Civil), sino en todas las consecuencias que se deriven de la buena fe en el cumplimiento y en la interpretación del contrato, como se deduce del artículo 1.258 del propio Código Civil, sin olvidar que sería contrario a esa buena fe que el actual recurrente, vinculado por el susodicho contrato de sociedad irregular, pretenda hacer efectivo un afianzamiento a favor del señor AR.; que se convino dentro del negocio común de explotación de un bingo, sin proceder previamente, como han atendido acertadamente ambas sentencias de instancia, a la liquidación de la sociedad, constando antes, lo que no ocurre en el caso debatido, una cusa legal de extinción de la sociedad irregular. En definitiva, la obligatoriedad del tan repetido contrato de sociedad es lo que, en virtud de las normas contenidas en los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil, que declaran aquella obligatoriedad y su alcance, impide la eficacia de un contrato de fianza y de su actuación a través de la acción de reembolso a favor del fiador, que fue la ejercitada en la demanda, sin tener en cuenta lo acordado en el contrato de sociedad civil irregular; todo ello sin perjuicio de que, previos los tratos extrajudiciales que estimen los interesados oportunos, o, en su caso, en las correspondientes acciones judiciales, ejerciten sus derechos tendentes a la extinción y liquidación de la sociedad si lo estiman oportuno.

Lo expuesto en el precedente fundamento de derecho conduce a la desestimación de ambos motivos del recurso. En cuanto al primero, en el que se acusa la infracción del artículo 1.838 del Código Civil, por lo antes expuesto acerca de la ineficacia del afianzamiento contraído en el tráfico social subsistiendo la sociedad; y en cuanto al segundo, que acusa la infracción del artículo 1.844 del mismo Cuerpo legal, además de por las razones expuestas, porque no concurren las circunstancias que exige para la acción de división entre cofiadores el párrafo 4.º del invocado artículo 1.844.

R. DE A.

CONTRATO DE SEGURO. SUBROGACION DE LA ASEGURADORA CONTRA LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS RESPONSABLE DEL DAÑO. LUCRO CESANTE: INEFICACIA DE LOS DOCUMENTOS FISCALES PARA DESVIRTUAR OTRA PRUEBA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1989).

En la mañana del día 27 de febrero de 1983 se produjo una rotura de tuberías que causaron la inundación de un local-restaurante, de la que resultaron daños inmediatos en los enseres en él contenidos, por un valor tasado en la cantidad de 3.429.083 pesetas y un lucro cesante estimado en 1.562.633 pesetas. La Compañía de Seguros demandante pagó, en virtud del contrato de seguro concertado con el titular empresario del establecimiento, dichas cantidades y, en su demanda, pretende ser resarcido del pago que efectuó, subrogándose en los derechos del perjudicado-asegurado, frente a la Comunidad de Propietarios demandada, propietaria de las tuberías rotas, cuyo mal estado era atribuible a su incuria. Así lo estimó la sentencia impugnada, confirmatoria de la sentencia dictada en primera instancia.

Recurre, en casación, la comunidad demandada, con dos primeros motivos, que basa en el artículo 1.692-4.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba, por exceso en la valoración del importe del lucro cesante, según resulta de los documentos obrantes que proceden de declaración de ingresos a la Hacienda Pública e infracción de los artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil. El motivo 3.° se apoya en el artículo 1.692-5.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.158 del Código Civil, al no darse, en este caso, el supuesto de la subrogación de la actora. El motivo 4.°, bajo el mismo amparo procesal, estima infringidos los artículos 1.203, 1.209, 1.281-1.° y 1.285 del Código Civil y doctrina legal concordante, al entender que no todas las partidas del importe del daño estaban incluidas en la póliza.

Para impugnar la cuantía de lucro cesante o pérdida de beneficios del local inundado se basa, frente al resultado de la valoración pericial precedente al pago, en la prueba documental suministrada por Hacienda Pública, consistente en la declaración correspondiente al Impuesto de Sociedades, documento que, en principio, no puede servir de fundamento al motivo invocado por su carácter fiscal (Sentencias de esta Sala de 26 de abril y 5 de diciembre de 1986 y 12 de marzo de 1987, entre otras) y que obedece, además, a una declaración unilateral para tal finalidad, que no es la pretendida por el seguro que cubre el lucro cesante, tal como es definido en el artículo 63 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en la que se busca la indemnización por la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse, en la actividad, de no haberse producido el siniestro. Se pretende una concreción para el tiempo en el cual cesó la actividad. Sobre este extremo no se propuso, ni practicó, otra prueba que la planteada por la parte actora, sin elementos contradictorios, por lo que se ha de tener, como válida, la apreciación que se hace en la sentencia, lo que lleva a la desestimación de los dos primeros motivos.

La subrogación de la compañía de seguros para reembolsarse de lo pagado por la indemnización del daño deriva, no solamente de los pactos concertados entre asegurador y asegurado, sino del artículo 43 de la citada Ley del Contrato de Seguro, aplicable a todos los seguros de daños, entre los que está incluido el de lucro cesante. Su extensión ha sido correctamente interpretada por el juzgador de instancia, en ejercicio de sus potestades de modo no ilegal, ni ilógico, cuando, además de aceptar la partida de lucro cesante, acepta la de los muebles, enseres y ropas que corresponden al «contenido» del local, excluido el «continente», que se limita a las obras de fábrica e instalaciones fijas, en su conjunto, entre las que no se cuenta ninguna de las que hacen referencia a montajes propios del local en su exclusivo servicio sin que, por otra parte, exista tampoco prueba de la demandada, frente a la propuesta por la actora de la que puede surgir duda sobre la entidad del daño y el montante de la indemnización, por los que los dos últimos motivos deben ser rechazados.

R. DE A.

COMPRAVENTA. MAQUINARIA DEFECTUOSA. NOVACION POR LA QUE LA VENDEDORA ACEPTO UNA REBAJA DEL PRECIO (NO HA LUGAR A NUEVO SANEAMIENTO NI A RESOLUCION DEL CONTRATO). IDENTIDAD DEL COMPRADOR (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1989).

Con ocasión de la adquisición de maquinaria por la demandada y ahora recurrente a la actora que hizo su instalación en Calatayud, previas conversaciones entre partes en el año 1978, y tras diferencias surgidas por el deficiente funcionamiento de dichas máquinas, se demandó por la vendedora el pago del precio restante insatisfecho, a lo que se opuso la compradora proponiendo como excepciones, la de la falta de litis consorcio pasivo necesario y la de incumplimiento contractual por la deficiencia funcional de aquéllas, solicitando por último y en forma reconvencional, la resolución del contrato objeto de la compra e instalación de las máquinas. Las dos sentencias de instancia constantemente han estimado parcialmente la demanda, lo que ha dado lugar al presente recurso extraordinario de casación.

El primer motivo, al amparo del ordinal 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia el error de hecho padecido en la sentencia combatida en lo atinente a la personalidad jurídica independiente de «Geplasmetal, S. A.» y «Forcasa, S. A.» que no han tenido en cuenta en aquella resolución judicial, a cuyo fin señala como documento acreditativo de tal circunstancia la certificación del Registro Mercantil y los partes de trabajo obrantes al folio 48. Igualmente y por el mismo cauce procesal en el motivo segundo acusa el error de hecho sufrido en la sentencia de apelación —y, consecuentemente, en la de primer grado, asumida y aceptada por aquélla—, por cuanto no aprecia la circunstancia de que las máquinas se instalaron en la factoría de «Forcasa, S. A.» y no de la demandada, a cuyo propósito indica como documentos que lo aseveran los libros de Comercio interpretados en la prueba pericial. Los dos motivos están encaminados a dar por procedente la existencia de litisconsorcio pasivo necesario ya que existe una Entidad, cual es «Forcasa, S. A.», a la que afecta directamente la resolución del tema debatido. Es preciso poner de relieve que la controversia en orden a la litis consorcio pasivo necesario, ha de ser dilucidada más técnicamente por la vía casacional del ordinal 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que siendo esta figura procesal una creación jurisprudencial, es en tal cauce en el que encuentra su mejor acomodo; ahora bien, lo que sí puede combatirse son los hechos declarados por la sentencia recurrida que sirvan de soporte a la relación jurídica material en función de la cual se puede definir jurídicamente la existencia o no de tal institución penal. En efecto, los hechos en que se apoya la sentencia de segundo grado para negar tal existencia son terminantemente declarados tras un concienzudo análisis de la prueba practicada en autos y según ella es evidente que toda la contratación en su proceso preliminar y en su ejecución, así como en las diferencias surgidas a raíz de la misma, en punto a la funcionalidad de la máquina y rebaja del precio es llevada en nombre propio por la demandada-reconviniente lo que no queda difuminado por el hecho de que se instalara en la factoía de «Forcasa, S. A.», pues ello sería objeto de una relación extraña a la que ahora nos compete, por obra y gracia de la que mantengan separadamente del contrato objeto de esta litis ambas sociedades «Geplasmetal, S. A.» y «Forcasa, S. A.», cuya vinculación interna es estrechísima (filial societaria, reventa de la maquinaria, subcontratas de fabricación), como se apunta al final del primer fundamento de derecho de la sentencia de primer grado y ninguno de los documentos invocados en los dos motivos

son bastantes a contradecir ni a poner en duda, que la contratación y la relación mantenida siempre con respecto a la maquinaria de autos ha sido protagonizada exclusivamente por las partes contendientes, sin que el hecho material de la instalación en una factoría de tercera persona sea bastante para que sea obligada a su convocatoria a esta litis ya que no tuvo lazo jurídico alguno con la vendedora (Sentencias de 22 de abril, 20 de mayo y 23 de junio de 1987).

El tercer motivo también por la vía del número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa el error fáctico derivado de no estimar que los defectos subsisten siendo inferior la producción actual a la inicialmente convenida, como se infiere de la prueba pericial practicada en autos a propuesta de la demandada. No siendo correcta casacionalmente la proposición del instrumento de prueba pericial en contradicción a lo proclamado en la sentencia atacada, conforme a la norma y número escogido por la recurrente ni al artículo 1.707 de la misma Ley, lo que conlleva preliminarmente su irrelevancia. La sentencia lo que afirma es que ha habido una novación por acuerdo de las partes en septiembre de 1982, con vistas de las deficiencias funcionales de los aparatos vendidos e instalados, por la que aceptándose tales deficiencias, se ha rebajado el precio en casi 240.000 francos suizos, pues desde el inicial de 377.590 unidades monetarias suizas quedó convenido en 12 letras de 11.546,92 a virtud de la oferta final de la ahora recurrente por medio del télex de 28 de julio de 1982, contestado por la vendedora el 8 de septiembre siguiente en sentido afirmativo, por lo que el precio a satisfacer quedó reducido a 138.563 francos suizos pagaderos en 12 mensualidades; y es patente que esta conclusión fáctica tan contundente no queda ni destruida ni minimizada por la circunstancia de la subsistencia del bajo rendimiento de producción pues ha sido aceptado por la compradora con una rebaja sustancial precisamente por ello, del precio inicialmente concertado.

El cuarto motivo por la vía ordinal 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción por inaplicación del artículo 325 del Código de Comercio, *a contrario sensu* y ello con la intención de poner de manifiesto que no se trataba de una compraventa mercantil. El motivo parte ya desde el principio de una premisa fáctica inexacta que consiste en afirmar que la compradora fue «Forcasa, S. A.», y no «Geplasmetal, S. A.», que sólo sirvió de intermediaria, lo que está en contradicción con lo expuesto por la sentencia recurrida que quedó incólume al fracasar los dos primeros motivos. Pero, además, sea mercantil o civil el negocio jurídico que se contempla, es lo cierto que el precio objeto de novación modificativa del primer negocio de transmisión de las máquinas, que ha quedado fijado en el *factum* en 138.563 francos suizos, ha de satisfacerse sea o no mercantil la compraventa de la que es elemento real principal modificado, como se dice anteriormente, por la novación de septiembre de 1982. Así pues, nos encontramos que por aplicación de los artículos 1.445 y 1.450 o por el artículo 341 del Código de Comercio, el comprador, en este caso la entidad mercantil recurrente, ha de abonar el precio últimamente pactado.

El quinto motivo, con sede en el ordinal 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación en sentido negativo por inaplicación de los artículos 1.461 y 1.591 del Código Civil por entender que la novación en el precio no exime a la vendedora del saneamiento de la mercancía entregada por los defectos de la misma. Fracasa el motivo, porque independientemente de que no es subsumible el caso de autos en la muy específica normativa del artículo últimamente invocado, es lo cierto que la sentencia combatida que asume los razonamientos de la de primer grado, viene a definir hechos que han quedado firmes en este recurso al no ser combatidos con eficacia; así vemos que en el

cuarto fundamento jurídico de la resolución de primera instancia se dice, «... el reconviniente consintió en el producto e instalación recibida y realizada, al admitir en septiembre de 1982, una rebaja tan considerable como lo es la de casi 240.000 francos sobre un saldo de 377.590, con lo que también novó o modificó las obligaciones que dimanaban del contrato originario, obteniendo como contraprestación una rebaja de la deuda. Sin que, por otro lado, dicho reconviniente haya probado en autos que la instalación sea inservible...». En definitva, que la rebaja del precio concertado, lo fue en función de la deficiencia de producción de las máquinas y, consecuentemente, sería ilícito ahora pretender un nuevo saneamiento y menos una resolución contractual por causa de esos defectos funcionales, por lo que tampoco ha sido vulnerada la norma del artículo 1.461 del Código Civil en el sentido expuesto en el motivo, de lo que se infiere la irrelevancia de si subsisten esas deficiencias mecánicas ya que ellas dieron lugar a la reducción del precio inicialmente convenido.

R. DE A.

SOCIEDAD CIVIL: DISOLUCION DE MALA FE POR PARTE DE UNO DE LOS SOCIOS (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1989).

Los temas que el presente recurso plantea derivan de las reclamaciones que el actor, ahora recurrente, deduce frente al demandado, como consecuencia de entender que éste de manera irregular y arbitraria, había provocado la disolución de una sociedad civil existente entre ambos y que tenía por objeto la explotación de un negocio de discoteca, por lo que interesaba al par que la liquidación de la sociedad con entrega de los beneficios que le correspondieran, una indemnización de daños y perjuicios que cifraba en la suma de cinco millones de pesetas.

Las afirmaciones fácticas contenidas en el segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida y según las que, como resultaba acreditado en las pruebas que pormenorizadamente analiza, el contrato de sociedad tenía una duración indefinida, habiendo actuado el demandado de buena fe al renunciar a su continuación, comunicándolo con la suficiente antelación al otro socio, devolviéndole los dos millones de pesetas que le había entregado, uno como fianza y el otro como préstamo, y liquidando las cuentas pendientes, con lo que la actuación del demandante se da por finiquitada, se tratan de desvirtuar en el primer motivo del recurso, acusando a la misma, con amparo procesal en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de haber incidido en error en la apreciación de la prueba, mas como lejos de señalar en su desarrollo el documento que, sin necesidad de interpretaciones, deducciones o hipótesis, demuestre la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios, lo que realiza el motivo en sus dos apartados es una crítica del valor probatorio que la resolución impugnada concede a una «carta» y a un «recibo», pero sin concretar que otro «documento» demuestre lo contrario de lo afirmado y sí, antes por el contrario, entiende que otras pruebas, cual la testifical, no fueron debidamente apreciadas, de todo lo que, en definitiva, resulta que el recurrente, apartándose del cauce procesal que ampara la formulación del motivo, trata de convertir la casación en una tercera instancia, con olvido de su limitado ámbito y sutituyendo con su particular criterio en orden a la apreciación

de las pruebas el más autorizado e imparcial del órgano jurisdiccional que decidió la controversia, lo que no es lícito como ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias que, por conocidas, se hace innecesaria su cita, procediendo, en su consecuencia, la desestimción del motivo.

La desestimación del primer motivo del recurso, conlleva el decaimiento del que se deduce como segundo motivo, ya que las infracciones que acusa de la preceptiva contenida en los artículos 1.700 y 1.705 del Código Civil, si bien lo son con correcto amparo procesal en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan carentes por el ya denotado rechazo del primer motivo de la imprescindible base que les hubiera podido servir de apoyo, al quedar inalteradas en este trámite casacional las afirmaciones fácticas de la resolución impugnada, afirmaciones de las que resulta que la renuncia a la sociedad por parte del socio demandado se produjo con observancia de lo que al respecto establece la preceptiva contenida en los artículos 1.705 y 1.707 del Código Civil y a la que se remite el número 4.° del artículo 1.700 del propio Cuerpo legal.

R. DE A.

PRESCRIPCION: DEL CREDITO PARA RECLAMAR EL PRECIO EN LA COMPRAVENTA MERCANTIL. APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.964 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Primera: Que es doctrina de esta Sala la de que, tanto la Sentencia de 14 de mayo de 1969, como la de 30 de mayo de 1979, establecieron la aplicación del artículo 1.967-4.° del Código Civil al supuesto de venta de cosas muebles por parte del vendedor comerciante a otro que se dedica a tráfico distinto de aquel, con la consiguiente aplicaciám del lapso prescriptivo de los tres años del precepto y en atención a estar excluido dicho contrato del ámbito mercantil, según lo dispuesto en el artículo 325 del Código de Comercio, ante la no reventa, pues si fuera tal negocio perteneciente a dicho cuerpo jurídico, es decir, al mercantil, procedería la aplicación del artículo 1.964 o prescripción genérica y supletoria de los quince años, relativa al orden civil, por la supletoriedad de éste, ante la laguna mercantil (Sentencia de 12 de diciembre de 1983).

Segunda: Que en el supuesto que nos ocupa y habida cuenta que, tanto la resolución del Juzgado como la hoy recurrida, califican de mercantil el contrato de compraventa que medió entre las partes y cuya reclamación del precio integra el objeto de la litis, calificación, por otra parte, indiscutida por las mismas, según hace constar el fundamento tercero de la resolución de la Audiencia, es obvio que, conforme a la anterior doctrina, debe aplicarse al mismo el precepto del artículo 1.964 del Código Civil que establece para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción el de quince años y que, como señala la doctrina jurisprudencial antes transcrita, debe ser aplicado al sector mercantil, por la supletoriedad que ostenta la legislación civil, ante la laguna que aquella ofrece en este punto.

R. DE A.

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE: CARACTERIZACION (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1989).

Como consecuencia de la reclamación de cantidad formulada por la Entidad mercantil demandante a los demandados, «Sucesores de Rogelio Pont, S. R. C.» y a los socios integrantes de dicha sociedad regular colectiva, del importe de las facturas impagadas de motores y accesorios suministrados por aquélla, el único demandante comparecido en autos mantuvo tanto en la segunda instancia como en el recurso de casación ahora, la tesis de la existencia de un contrato de cuenta corriente, rectificando sensiblemente su línea fáctica y jurídica de oposición a la demanda según se deduce de la simple lectura del escrito de contestación a aquella, por lo que la sentencia de primer grado desestimó tal oposición basada simplemente en que la múltiple y compleja relación comercial mantenida durante muchos años precisaba de una comprobación y «justificación de la realidad de cada una de las operaciones a que se refiere la demanda», y la sentencia del recurso de apelación rechazaba tal recurso por no haberse acreditado la «relación contractual de cuenta corriente» en que básicamente se fundaba la segunda instancia promovida por el hoy recurrente en casación.

El primer motivo del recurso, al amparo del número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa el error de hecho en la apreciación de la prueba, referente a la afirmación de la Sala *a quo* de la inexistencia del contrato de cuenta corriente mercantil y, para ello, ofrece de contraste documental significativo del equívoco, la declaración escrita del representante de la actora al contestar el requerimiento judicial, donde se reconoce la apertura de una línea de crédito (folios 229 y siguientes). El motivo fracasa por las siguientes razones: A) Dicha contestación carece de la naturaleza casacional de documento, lo que es preciso a tenor del precepto procesal en que se ampara el motivo y el artículo 1.707-2.°, párrafo de dicha Ley, pues sólo son documentos los reseñados en los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, que aunque haya sido suavizada en el rigor de la tajante aplicación de la literalidad del recurso de casación según la anterior redacción a la nueva Ley 34/1984, de 6 de agosto, no ha perdido su naturaleza propia de recurso extraordinario y técnico que no permite confundirlo con una tercera instancia y es evidente según esa doctrina que esa contestación por escrito procesalmente podrá considerarse como prueba de confesión judicial o testifical pero en modo alguno como documento, es decir, como meras pruebas procesales, documentadas en su forma, para su constatación en autos (Sentencias de 30 de enero, 12 de febrero, 8 y 15 de mayo, 25 de noviembre y 16 de diciembre de 1986). B) Ciertamente, que además, de la literalidad de esa contestación escrita, no cabe deducir la existencia del contrato de cuenta corriente que es la esencia de la tesis del recurso pues el que se diga algo relativo a la apertura de una «línea de crédito», no autoriza a denunciar la expresión errónea de un hecho, pues ello todo lo más nos conduciría a una valoración o interpretación conceptual de su significado jurídico lo que nos proyecta necesariamente al razonamiento de una motivación jurídica, fuera del cauce casacional elegido por el recurrente en este motivo ya que su encaje correcto sería el ordinal 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como más adelante se verá (Sentencia de 31 de enero de 1986).

El segundo motivo por idéntico cauce que su precedente acusa también el supuesto error de hecho en que incurre la sentencia combatida, referente a la declaración de inexistencia de un contrato de cuenta corriente y sí a la celebración y ejecución de múltiples contratos de compraventa, siendo así que la audi-

toría practicada a la Entidad demandante por «Deutsche Trehaund Gesellschaft, Compañía de Auditores, S. A.», determina «que no puede hablarse de tales compraventas mercantiles, cuando como tal documentación prueba, la actora factura dos y tres veces cada remesa, e incluso facturaba sin remitir la remesa». También este motivo fracasa porque aparte de que tal auditoría se practicó con un año de antelación a las facturas ahora reclamadas, cuya conclusión fáctica del 2.º fundamento de derecho de la sentencia recurrida no ha sido combatido como error de hecho, es evidente que tal informe auditor tampoco es documento a efectos casacionales, puesto que su naturaleza corresponde a una simple prueba pericial, carente de la eficacia procesal que se propugna por muy cualificada que sea, pero que además es de carácter preconstituido, con falta de la contradicción que en el debate procesal le investiría de su virtualidad probatoria y, por último, dado que el núcleo de la tesis del recurso estriba en la existencia de un contrato de cuenta corriente entre las partes, es indubitable que tal existencia no viene afirmada por la alegada auditoría, ya que la existencia de presuntos abusos en el cumplimiento de la compraventa, es decir, facturación múltiple o falta de suministro de la mercancía facturada, podrá ser factor obstativo de la justa reclamación de su precio, pero nunca demostración de la contratación específica de cuenta corriente.

El tercer motivo, con apoyo en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación del artículo 1.256, en relación con los artículos 1.255 y 1.282 del Código Civil todos ellos y el cuarto motivo, por idéntica vía impugna la sentencia recurrida, por infracción de la doctrina de esta Sala, cuyas sentencias invoca, y ambos motivos encaminados a poner de relieve que nos hallamos en presencia de un contrato de cuenta corriente y no de una simple relación comercial con el trasfondo de múltiples contraventas de esa naturaleza, vienen por ello a reconducirnos al tema de orden jurídico apuntado al analizar el primer motivo, referente a la conceptuación jurídica que ella merezca. Sin embargo, ambos motivos, de idéntica base y con igual finalidad no pueden prosperar, en atención a los siguientes razonamientos: A) La oposición del hoy recurrente fundada en la existencia de un pretendido contrato de cuenta corriente, constituye una cuestión nueva puesto que no fue señalada como debió hacerse en la fase oportuna de la primera instancia planteándose en los escritos fundamentales de la litis, alterando de esta suerte a destiempo y sin posibilidades de defensa para la otra parte, los términos en que la controversia quedó concretada, lo que hace decaer tales motivos que así hacen uso de esa nueva base de oposición a la demanda, conforme a la doctrina de esta Sala (Sentencias de 22 de octubre y 27 de noviembre de 1986 y 14 de mayo y 14 de diciembre de 1987); pues así cabe establecerlo con vista de la contestación a aquélla e incluso del resultado de la comparecencia celebrada el 30 de septiembre de 1985 de conformidad a lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que ya de por sí no debió formularse no ya en este recurso extraordinario sino ni siquiera en el recurso de apelación. B) La base jurídica del alegato contenido en los dos motivos que se estudian, es rechazable por cuanto su razonamiento hace supuesto de la cuestión al insistir no en una relación de múltiples compraventas mercantiles sino en la existencia de un contrato de cuenta corriente. C) No puede, por último, hacerse hincapié en la existencia de un contrato de cuenta corriente, toda vez que esta atípica relación jurídica material no puede confundirse con la apertura de crédito en cuenta corriente, ni el depósito en cuenta corriente, ni ninguna otra figura similar que se convenga al calor de la flexibilidad que ofrecen los artículos 50 y 51 del Código de Comercio en relación

con el artículo 1.255 del Código Civil, pues la simple y alegada «apertura de una línea de crédito» —como se dice en el recurso—, de la demandante a los accionados no contiene los elementos precisos y *sine qua non* para la configuración del contrato que se propugna, que requiere la «recíproca concesión de crédito», no la unilateralidad de tal concesión, y el compromiso de no exigibilidad de sus partidas de «remesas mutuas» hasta la fecha de la exigibilidad del saldo resultante después de la compensación de las mismas, lo que comporta una convención detallada de tales extremos para su trascendencia jurídica, que no puede emularse por esas relaciones de otra naturaleza, ya apuntadas anteriormente, cuya constatación gráfica en cuenta corriente, descansa en ella a efectos de mera contabilidad pero sin imprimir el carácter jurídico que ahora se enfatiza por el recurrente, por carecer de esos elementos esenciales, que son definitorios del contrato analizado según se perfila por la doctrina de esta Sala (Sentencias de 24 de abril de 1929, 29 de enero de 1934 y 23 de mayo de 1946).

R. DE A.

FIANZA· EXTINCION POR PRORROGA DE LA OBLIGACION, CONVENIDA ENTRE LOS ACREEDORES Y EL DEUDOR (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1988).

La sentencia recurrida, confirmatoria de la dictada en primera instancia, desestima la demanda planteada por los acreedores contra el demandado, fiador solidario de un deudor principal, quien había adquirido, por compra, la cuota de participación de los actores en una empresa industrial, en documento contractual de fecha 5 de noviembre de 1979. Las razones de la desestimación de la demanda son las siguientes: 1.ª El deudor principal incumplió su obligación de pagar el precio de lo que compró, en los vencimientos previstos, lo que originó un laudo arbitral, de equidad, que declaraba el incumplimiento y condenaba al pago del total precio debido, pero con posterioridad al laudo, en 17 de marzo de 1983, acreedores y deudor principal establecieron, en un documento, unas nuevas modalidades de pago, que dicho deudor viene cumpliendo, por lo cual, en definitva y en el conjunto de la relación contractual, no se ha producido el presupuesto básico establecido en el artículo 1.822 del Código Civil, para que los acreedores puedan dirigirse contra el fiador.

Los acreedores promovieron actividad procesal para remover depositarios de embargos constituidos sobre bienes del deudor principal y para cancelar algunos de ellos, lo cual, por dificultar el ulterior resarcimiento del fiador, en caso de pago, produciría su liberación, según dispone el artículo 1.852 del citado Código.

La nueva modalidad en el pago de la deuda, concertada entre acreedores y deudor principal, entraña una prórroga, pues, previsto inicialmente un plazo aproximado de cuatro años, los nuevos pactos de pago se extienden a un período aproximado de siete años, con la clara desventaja para el fiador que el contrato inicial no contenía intereses, mientras los nuevos pactos fijan el interés del 10 por 100 anual, todo lo cual indica la aplicación del artículo 1.851 del Código Civil, es decir, la extinción de la fianza.

El primer motivo del recurso interpuesto por los actores acreedores, se am-

para en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba que resulta del documento modificativo, no novatorio, de las obligaciones del deudor principal El motivo ha de ser rechazado porque la sentencia no se apoya en una novación para declarar extinguida la obligación del fiador, sino en una prórroga inconsentida por éste, cuyos términos vienen cumpliéndose, según consta de lo actuado y es declaración de hecho no combatida en el recurso.

El rechazo de este primer motivo, obliga a mantener los supuestos de hecho de los cuales la sentencia recurrida deduce las correctas consecuencias jurídicas que se resumen en el primer fundamento de derecho de esta resolución y conduce a la desestimación de los tres motivos siguientes que se acogen al artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.851, en relación con el 1.204 del Código Civil (segundo motivo), ya que no existe novación, sino prórroga, por lo que la norma está bien aplicada (ver Sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 1986, entre otras, en la que se razona el fundamento de extinción, por prórroga), ni infracción del artículo 1.144 del Código Civil, como se alega en los motivos tercero y cuarto, pues aparece probado que el documento modificativo se ejecuta y no se quebrantan las normas de solidaridad entre deudores, porque el nacimiento de la obligación del fiador, como solidaria, no se niega, sino su permanencia después de la prórroga.

R. DE A.

PERMUTA DE SOLAR POR PARTE DE LO QUE EN EL SE EDIFIQUE. PROMESA DE CONTRATO. EFICACIA OBLIGATORIA: NO ES LA PROPIA DE UN CONTRATO. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (EXISTE) (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1989).

Como presupuestos de hecho de necesaria constancia, tanto para la adecuada comprensión de la cuestión aquí discutida como de los razonamientos que en los sucesivos fundamentos se desarrollarán, se sientan los siguientes: Ambas partes contendientes plasman en documento privado de fecha 30 de junio de 1984, un acuerdo o convenio al que atribuyen la naturaleza de «opción de permuta de solar por obra construida», en cuyo clausulado se establecen, entre otros extremos, los siguientes: *a)* Que la actora doña Ana María B. C. «otorgará a favor de "Construcciones Maldonado, S. L." escritura de permuta, cuando se cumplan los siguientes requisitos...»: Previa redacción del oportuno proyecto; concesión por el Ayuntamiento de Motril de la pertinente licencia municipal de obras, licencia que «ha de obtenerse antes del día 30 de abril de 1985», y, por último, y a la vista del proyecto redactado, hacer «la determinación concreta de lo que doña Ana María B. C. ha de percibir como contraprestación, tanto en viviendas como locales y aparcamiento»; *b)* Previamente a esta cláusula, en el apartado III del referido documento, se establecía que como compensación a la aportación del solar, esta señora «ha de percibir el 16,50 por 100 de todo lo que se edifique»; *c)* La litis que aquí concluye, se inicia por doña Ana María con base en que «Construcciones Maldonado, S. L.» dejó transcurrir el plazo señalado para obtener la licencia de obras del Ayuntamiento de Salobreña (30 de abril de 1985) sin cumplir dicho requisito, lo que se tradujo en la imposibilidad de llevar a efecto

el relativo a la concreta determinación de que dicha señora había de percibir en referente permuta, y *d)* Como consecuencia de ello, entendiendo doña Ana María que había recuperado su libertad de disposición, el 20 de septiembre de 1985 y sin requerimiento ni notificación alguna a la Sociedad contratante vende la finca cuestionada a don Manuel M. M. y señora.

La primera motivación de este recurso se instaura en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, y en ella se denuncia «la infracción, por el concepto de violación por inaplicación del artículo 1.538 del Código Civil, y en relación al mismo de los artículos 1.254 y 1.258 del propio Código, que, respectivamente, definen qué es un contrato de permuta y desde cuándo existe un contrato y queda el mismo perfeccionado; en cuanto la sentencia recurrida, en su parte dispositiva, califica el contrato de 30 de junio de 1984, objeto de estos autos, como contrato preliminar atípico y no como contrato de permuta existente y perfeccionado desde la fecha de su celebración, cualesquiera que fuesen las vicisitudes ulteriores a la misma».

Este motivo sucumbe, porque de los presupuestos de hecho que se han dejado reseñados en el fundamento primero resulta casacionalmente inatacable la calificación que del pacto o convenio plasmado en el indicado documento privado hace la Sala de instancia al considerarle como una promesa de contrato (precontrato o contrato de promesa de futuro contrato según los diversos sectores doctrinales que sobre el tema discurren), por cuanto de su estudio resulta evidente, que las partes que lo suscriben en el momento de su firma lo único que hacen es señalar en términos generales las líneas del específico contrato que en su momento pretenden realizar, dejando para el futuro —30 de abril de 1985— su conversión en definitiva y perfecta permuta siempre que se cumplieran los requisitos para que tal fin se señalan en la negociación previa, circunstancias éstas que si bien presuponen el aceptar un cierto grado de compromiso, no implican que los intervinientes hubieran querido vincularse definitivamente. No se trata, por tanto, pese a la calificación que las partes hacen en referido documento, de una opción de contrato, ni tampoco como indica la sentencia de primera instancia de un contrato definitivo de permuta, sino, cual se ha indicado, de una promesa de contrato, precontrato o promesa de futuro contrato, calificación esta que exige adentrarse en el examen de sus efectos, lo cual se llevará a cabo con ocasión de estudiar el cuarto motivo, siendo aquí de señalar únicamente para concluir con la comtemplación del tema, que se trata de una promesa bilateral de contrato.

Se procede ahora al estudio de los motivos segundo y tercero del recurso, ambos con la misma base procesal que el precedente y en los cuales lo denunciado es: en la motivación segunda la «infracción, por el concepto de violación por inaplicación de los artículos 1.091 y 1.281 el Código Civil, que, respectivamente, confieren fuerza de ley a las obligaciones nacidas de contrato y obligan a estar al sentido literal de sus cláusulas cuando los términos sean claros; en cuanto que la sentencia recurrida explícitamente se basa en una extinción automática del contrato de 30 de junio de 1984 objeto de estos autos, en flagrante contradicción con la cláusula resolutoria contenida en el último párrafo del apartado 3,*h)* del citado contrato, que de modo expreso pactaba la aplicabilidad a los efectos de resolución del mismo de los artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 54 de su Reglamento, preceptos estos últimos incompatibles con tal pretendido automatismo». En cuanto al motivo tercero, considera que se ha violado «por inaplicación del artículo 1.285 del Código Civil, que en la interpretación de las cláusulas de los contratos obliga a estar a las unas por las

otras, con atribución a las dudosas del sentido resultante del conjunto; y ello es cuanto a que la sentencia recurrida expresamente entiende en su fallo que la exigencia contractual de obtención de licencia municipal e individualización por la actora de las concretas unidades correspondientes a su porcentaje, antes del 30 de abril y del 30 de junio de 1984, habían de referirse a todo lo que pudiera edificarse en dicho solar, cuando en el clausulado del contrato no aparece así por parte alguna y existen, por el contrario, estipulaciones que aluden a actuaciones por etapas o fases».

Ninguna de referidas motivaciones puede prosperar casacionalmente, en cuanto en ambas se parte de que el acuerdo contenido en el documento de 30 de junio de 1984 es reflejo fiel de un contrato definitivo de permuta, lo cual, como ha quedado razonado, no es exacto. Consiguientemente, la infracción alegada en ambas motivaciones en orden a la inaplicación de los artículos 1.091 y 1.281 en relación con el 1.504 del Código Civil y los 11 de la Ley Hipotecaria y 54 de su Reglamento, así como la del artículo 1.285 de aquel Cuerpo legal, carecen aquí de trascendencia casacional.

En el motivo cuarto, y con la misma ubicación procesal que los hasta aquí estudiados, se alega que la sentencia impugnada viola por inaplicación el artículo 1.451 en relación con el 1.541 del Código Civil «en cuya virtud en los contratos de promesa de permuta, genéricamente equiparada a la de comprar y vender, las partes pueden reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato y, para todo lo relativo a su incumplimiento, rigen las normas reguladoras de las obligaciones y contratos...». Esta motivación tampoco puede ser estimada, por cuanto tomando como punto de partida que en el supuesto aquí contemplado nos hallamos, cual se ha dicho, a presencia de una promesa bilateral de contrato, aunque la jurisprudencia no sea unánime ni predomine aquella que considera existen diferencias entre la promesa de contrato y el contrato propiamente dicho, estimando que en el primer caso el incumplimiento por parte de uno de los contratantes conduce únicamente a la exigencia de una indemnización por daños y perjuicios, teniendo en cuenta que por la parte actora y aquí recurrida se ha prescindido de un importante requisito, el del requerimiento previo a la entidad demandada, es evidente que se abre contra la misma el derecho a interesar la pertinente indemnización de daños y perjuicios, lo que se interesó en la reconvención y concedió el Juez de primera instancia, bien que lo hiciera con vistas a otra figura negocial, la del contrato de permuta perfecto, daños y perjuicios que si existieren y como se señala en el fallo de referido órgano judicial se fijaran en ejecución de sentencia.

El último motivo, con el mismo apoyo que los anteriores, imputa el Tribunal *a quo* la «aplicación indebida de la doctrina legal configuradora de la excepción procesal de la falta de litis consorcio pasivo necesario», por cuanto «apreciada por la sentencia recurrida para desestimar en la instancia la demanda reconvencional por no dirigirse la misma también frente al tercero interesado, "Promotora La Vega, S. A.", y ello en cuanto que, relativamente al pedimento de indemnización de daños y perjuicios alternativamente articulado en dicha reconvención, la referida entidad mercantil tercera carecía y carece de todo interés y protagonismo».

Esta motivación ha de prevalecer, por cuanto efectivamente en el suplico de la reconversión se interesaba alternativamente y para el caso de que no se llegase a cabo tal mandato judicial (el del otorgamiento de la escritura pública de permuta a favor de la demandada) se le condene (a la actora) a pagar a «Construcciones Maldonado, S. L.» la cantidad de cien millones de pesetas en

concepto de daños y perjuicios. Ninguna consecuencia, al menos directa, deriva de dicha petición indemnizatoria para los terceros adquirentes de la finca, en-cuanto dirigida exclusivamente contra la actora, razón por la cual y habida cuenta lo expuesto en el fundamento sexto procede su estimación.

R. DE A.

DEFECTOS EN LA CONSTRUCCION. FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO EXISTE POR NO DEMANDAR AL ARQUITECTO. INCONGRUENCIA (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1989).

Promovida por «Tejas y Ladrillos del Oria, S. A.», ante el Juzgado de Primera Instancia de Tolosa, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don José Domingo J. J., con fecha 9 de abril de 1987 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 29 de julio de 1986, se estimaba en parte la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que la entidad demandante planteó su acción en calidad de promotora de la construcción de varios edificios en solicitud de que se condenase al demandado, como contratista de la obra de carpintería, a reparar los defectos de dicha obra o, subsidiariamente, a abonarle el importe de las reparaciones a realizar y, además, en petición principal, a pagarle la cantidad de 608.556 pesetas más intereses legales, suma a la que, hasta la fecha de la presentación de la demanda, habían ascendido los desembolsos por ella realizados para reparar alguno de los defectos constructivos e indemnizar a varios de los adquirentes de viviendas de dichos bloques, por razón de los que la obra de carpintería acusaba en sus respectivos pisos. B) Que la actora, como dueña inicial de la obra, contrató directamente con los diversos gremios, entre ellos el hoy recurrente, como carpintero, la ejecución mediante precio de las distintas partes de la construcción total conforme a la especialidad de cada uno. C) Que la obra de carpintería realizada por el recurrente presenta graves defectos que ocasionan la ruina funcional, que se atribuyen a la humedad y posible baja calidad del rastrel y el alto grado de humedad de la tarima, determinantes de la aparición de polilla, defectos imputables al demandado responsable de la obra de carpintería y comprador de la madera, que almacenó a partir de su adquisición como le pareció conveniente.

El primero de los motivos del recurso se ampara en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción omisiva de la doctrina jurisprudencial sobre litisconsorcio pasivo necesario, alegando que, cuando menos, debía haber sido llamado a la litis el arquitecto director de la obra encargado como tal de la coordinación de los intervinientes de los distintos gremios, la supervisión general de la obra y el control de los materiales, con mayor precisión aún si —según dice la recurrente— se tiene en cuenta que la hoy recurrida, «Tejas y Ladrillos del Oria, S. A », fue demandada, junto con el arquitecto, por parte de algunos de los compradores de las viviendas, motivo éste que deberá ser desestimado en atención a las siguientes razones: Primera: que es doctrina reiterada de esta Sala la de que el llamado litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial regida por el designio de

haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada que, a su vez, exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo como interesados en la relación jurídica discutida, cual se requiere para impedir el eventual riesgo de fallos contradictorios, lo que en modo alguno supone la precisión de llamar a la litis a quienes, aun habiendo intervenido en los hechos que motivaron la acción judicial, no hayan de ser responsables de lo en ella solicitado, habiéndose declarado en este sentido que cuando en la erección de la obra se incurrió por el contratista en una serie de defectos de construcción directamente imputables al mismo, sin que aparezcan ni vicios del suelo ni defectos de dirección que pudieran responsabilizar la conducta profesional del arquitecto director de las obras, no existe motivo para entender que hubiese debido ser llamado a los autos (Sentencias de 9 de marzo de 1982, 3 de mayo de 1984 y 10 de mayo de 1985). Segunda que en el supuesto que nos ocupa, habida cuenta no sólo que en autos aparece acreditado, sin que haya sido siquiera combatido en casación, que la obra realizada por el recurrente presenta graves defectos imputables al mismo por su defectuoso almacenamiento, defectos éstos, además, denunciados por el arquitecto director de la obra, a quien no pueden ser atribuidos, por no corresponder ni a vicios del suelo ni a una incorrecta dirección de la ejecución de la obra proyectada, obvio es que no puede entenderse mal constituida la relación jurídico procesal, con base en no haber sido llamado a la litis el aludido arquitecto director de las obras, lo que lleva a la desestimación de este primer motivo.

No mejor fortuna habrá de alcanzar el motivo segundo, en el que al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en cuanto que —según la tesis del recurrente—, incurre la misma en incongruencia, conculcando lo establecido en el artículo 359 de la Ley Ritual, motivo que, igualmente, debe perecer, porque si tenemos en cuenta que uno de los varios suplicos que de forma alternativa contiene la demanda es el de que en el caso de que no se realicen por el demandado las obras de reparación pueda el actor ejecutarlas siendo a cargo de aquel el importe de dicha ejecución, no puede entenderse que el fallo de la resolución recurrida que, aun no coincidiendo literalmente con lo solicitado en la demanda, lo que la doctrina jurisprudencial estima innecesario, acoge en esencia lo solicitado por la actora, en cuanto que condena al demandado hoy recurrente a indemnizar a aquella de todos los perjuicios que su incorrecta actuación en la colocación de las tarimas y rodapiés de las viviendas le ocasione frente a los distintos propietarios de las mismas máxime cuando, como en la resolución recurrida se hace constar, las partes están de acuerdo en que la obligación de reparar los defectos de las obras de carpintería ha sido impuesta a la entidad demandante en éste, en otro pleito contra ella promovido por los actuales propietarios de los inmuebles, incurra en incongruencia motivadora de la estimación del motivo, que debe, así, ser rechazado.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES. EFICACIA DE DOCUMENTOS PRIVADOS. REVOCACION DE PODER (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1989).

De entre los antecedentes fácticos a destacar en el presente recurso de casación, son de enumerar los siguientes: *a)* Don Nils G. J., de nacionalidad sueca, por herencia de su hermano Víctor-Göte J., fallecido en 17 de junio de 1974, y mediante escritura de aceptación y adjudicación de herencia, otorgada en Las Palmas de Gran Canaria en 7 de julio de 1978, adquirió la propiedad de una finca urbana número 186, consistente en un apartamento en la decimoctava planta alta del «Edificio Solyvista», en el Cortijo de Las Escaleritas, del término municipal de la referida capital, sin número de gobierno, siendo el sexto del edificio cotado de la derecha mirando a la fachada principal, e inscrita en el Registro de la Propiedad número 2, al folio 85 vuelto, del libro 292, finca 22.793. *b)* En 27 de julio de 1986, el señor G. J. suscribió con don Sune I. B., sueco también, un documento privado, denominado «Contrato de traspaso», por el que se traspasa y vende al segundo el apartamento dicho, tal como se encuentra, con derecho a despachar o quedarse con el inquilino actual y con derecho a entrar en 1 de agosto de 1976 (folio 140), y en 1 de agosto de 1976 suscribieron, asimismo, otro documento privado, titulado «contrato de compra», en la que se especifica que el vendedor traspasa y vende el apartamento al comprador, según lo acordado en el contrato de traspaso de 26 de julio, por la cantidad de 45.000 coronas, recibiéndose una señal de 10.000 coronas, y las restantes 35.000 a pagar en el momento de otorgarse la escritura pública (folio 141). *c)* En 17 de agosto de 1976 y ante el secretario de la Embajada de España en Estocolmo, en funciones notariales, compareció don G. J. para conferir poder, tan amplio y bastante como en derecho fuere menester, a favor de doña Gertrud B., igualmente súbdita sueca y domiciliada en el apartamento 18/7 del «Edificio Solyvista», para que en su nombre y representación venda, por el precio y condiciones estipuladas, el apartamento en cuestión, número 19/6, y otorgue y firme las escrituras públicas y documentos necesarios (folio 296). *d)* En 9 de mayo de 1977, el señor Johansson otorgó poder en favor del letrado don Antonio G. J., nombrándole su representante en Las Palmas, y en 29 de noviembre de 1979, el tan repetido súbdito extranjero requirió en Las Palmas los servicios del notario don Luis Angel P. L. para que requiriese, a su vez, a don Sune B. con el objeto siguiente: Primero: «notificar al requerido la aceptación por el requiriente de la resolución total del compromiso aludido en los antecedentes del acta, y acepta igualmente reconocer que le adeuda la cantidad de 10.000 coronas suecas recibidas, y que le devolverá en Suecia» y segundo: «notificar y requerir al señor B. de que, de interesarle la compra, ha dado poder y facultades al letrado de Las Palmas don Antonio G. J., para que otorgue escritura de compraventa ante el propio fedatario de esta acta y cobre en el acto del otorgamiento el precio convenido en coronas suecas o su contravalor en pesetas en dicho momento, dando para la posible ejecución un término de gracia de cinco días contados a partir de esta notificación, y de no avenirse el requerido se entenderá sin más dilaciones que opta por la resolución definitiva del compromiso, sin más términos de gracia ni cortesía». La diligencia de requerimiento se llevó a efecto el 4 de diciembre de 1979, mediante personación en el apartamento 18/7 del «Edificio Solyvista», no encontrándose al requerido «pero sí a la que dice ser su mujer y llamarse doña Gertrud B. (el apellido, por ser extranjero, no se si estará correctamente escrito), le doy a conocer mi condición de notario y el objeto del requerimiento, entregándole la cédula que contiene copia íntegra del acta que encabeza, con la advertencia de

la obligación legal que contrae de hacerla llegar a manos de don Sune B., como así promete hacerlo a la mayor brevedad posible» (folio 23). *e)* En 18 de diciembre de 1979 se verifica la devolución de las 10.000 coronas al señor B (folios 27 al 31), y *f)* En 26 de enero de 1980, comparecen ante don Joaquín P. H., notario de Las Palmas, doña Gertrud B. y don Rogelio H. M., vecino y domiciliado en esta capital, en los respectivos conceptos de vendedora y comprador, para otorgar escritura de compraventa del apartamento propiedad de don G. J., actuando aquélla en nombre y representación del citado propietario, cuyas facultades representativas le fueron concedidas en apoderamiento de 17 de agosto de 1976, y asegurando no haber variado las circunstancias personales del representado, ni haberle sido revocadas dichas facultades. La cantidad estipulada como precio fue de 1.800.000 pesetas, cuyo importe se manifiesta haberse percibido con antelación a virtud de abono verificado por el adquirente a quien ahora se da la pertinente carga de pago total (folio 232).

Con base en los antecedentes relacionados, además de en otros, don Nils G. J. promovió juicio declarativo de mayor cuantía en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Las Palmas de Gran Canaria, contra don Rogelio H. M., doña Gertrud B. y don Sune-Ingemar B, para solicitar se dictase sentencia que contuviese los siguientes pronunciamientos: A) Declara inexistente y radicalmente nula la escritura pública de compraventa otorgada el 26 de enero de 1980, a que se ha hecho referencia, declarando igualmente inexistente el negocio en ella contenido, así como cuantos documentos públicos o privados traigan causa de ello. B) Declara la nulidad de las posibles anotaciones e inscripciones que pudieran existir en el Registro de la Propiedad número 2 del Partido, producidas por la susodicha escritura, decretándose la cancelación de cuantas anotaciones puedan haberse practicado respecto de la finca urbana litigiosa. C) Condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y desalojar, en caso de que la llegaran a ocupar, de inmediato, la expresada finca urbana. D) Condenar solidariamente a los demandados a indemnizar al actor de los daños y perjuicios causados por sus respectivas participaciones en el otorgamiento de la escritura, y E) Condenar a los demandados solidariamente al pago de las costas del juicio. Personados en forma los demandados, bajo una sola dirección y representación, se opusieron a la demanda y tras alegar las excepciones de incompetencia de jurisdicción y litispendencia y solicitar, para su caso, que se les absolviese de la misma, formularon reconvención para interesar sentencia con estos pronunciamientos condenatorios para el actor: A) A pagar a don Sune B. la suma de 369.000 pesetas, importe de las rentas que le pertenecían desde el 1 de agosto de 1976 hasta el 26 de enero de 1980. B) A pagar a don Rogelio H. M. la suma de 234.000 pesetas, importe de las rentas cobradas y pertenecientes a dicho señor, más la suma que importe el total de las rentas que el señor J. cobre del inquilino, que se determinará en ejecución de sentencia. C) A indemnizar al señor B. en los daños y perjuicios ocasionados por no haberse verificado el prometido desalojo del inquilino, a fijar en ejecución. D) A pagar al señor B. la suma de 1.200.000 pesetas, importe del vehículo enviado por el Juez de instrucción a los depósitos municipales en el curso del sumario 91/80 tramitado por querella del señor J. E) A indemnizar a los demandados los daños y perjuicios originados por la imposibilidad de volver a España a consecuencia del auto de prisión sin fianza dictado en el sumario, y F) Al pago de las costas del juicio. El Juzgado, por Sentencia de 23 de octubre de 1985, con estimación parcial de la demanda y desestimación de la reconvención, declaró nula la compraventa de 26 de enero de 1980, ya referida, y nulas, asimismo, las posibles

anotaciones e inscripciones que se hayan realizado de tal venta en el Registro de la Propiedad número 2, decretando su cancelación y, en su consecuencia, se condena a los demandados a estar y pasar por ello, así como al pago de las costas del juicio. La meritada sentencia fue confirmada por la pronunciada el 29 de diciembre de 1986 por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Canarias, con imposición a los demandados-apelantes de las costas de alzada. Y contra esa segunda resolución, don Rogelio H. M. y don Sune B. interpusieron recurso de casación a través de cinco motivos formulados a tenor de los apartados 4.° y 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primero de los motivos del recurso se ampara en el ordinal 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denunciarse «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, como son los relativos a la compraventa privada, de la que no se interesó su resolución en la súplica de la demanda». Se argumenta por el recurrente que «en ningún caso se hace referencia al documento privado en el que las partes formalizaron la compraventa del inmueble en litigio. Por lo tanto, el Tribunal *a quo* y posteriormente la Sala no pueden hacerse eco de una petición inexistente, resolviendo un contrato cuya resolución no se ha solicitado», y que «obsérvese que la escritura pública fue otorgada por la apoderada del actor a favor de un tercero ajeno a la relación de compraventa privada originaria, en tanto que las partes, aun admitiendo la nulidad de la escritura pública, quedan vinculadas en virtud del documento privado al que se ligaron, documento vigente en la actualidad y que siguen desplegando entre las partes intervinientes los mismos efectos jurídicos que si de una escritura pública se tratara». Tal y como viene formulado el motivo, carece de toda viabilidad pues su fundamentación y argumentación responden a cualquier otro de muy distinta naturaleza y no guarda relación con los errores en la apreciación de la prueba, pues su incardinación, en el caso de que ello fuera posible, tendría que encajarse en alguno de los ordinales 1.°, 3.° ó 5.° pero nunca en el 4.° Por otro lado, hay que reconocer que la parte dispositiva de las sentencias de instancia se acomodó a la literalidad de lo suplicado en la demanda, y que sus pronunciamientos, al igual que las pretensiones del actor, pueden tener virtualidad con independencia, incluso, de la existencia de los documentos privados que se suscribieron entre él y el señor B., y decir, por último, que «aquellos efectos jurídicos que sigue desplegando», de ser ello factible en el ámbito del derecho, no cabe plantearles en el presente procedimiento.

Los cuatro restantes motivos del recurso, esto es, segundo, tercero, cuarto y quinto, se acogen al ordinal 5.° del artículo 1.692 del texto procesal, para alegar como infringidos e inaplicables los siguientes concretos del ordenamiento jurídico: artículos 1.504, 1.445, 1.450, 1.555, 1.732, 1.734 y 1.735 del Código Civil y artículo 533.2.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos motivos han de correr igual suerte que el anterior, su inviabilidad, pues al respecto, conviene decir cuanto sigue: 1.° El requerimiento de 29 de noviembrede 1979, del actor al señor B, y practicado en la persona de la señora B., no obstante su naturaleza compleja, no deja de ser un verdadero requerimiento de pago al comprador, señor B., y cumplía por entero la finalidad y exigencia del artículo 1.504, bastando tener en cuenta para ello los términos en que aparece. 2.° La excepción dilatoria segunda del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada tiene que ver con la posibilidad o que no tenía el actor de instar la declaración de inexistencia de la escritura pública, desligándola de la previa resolución de la compraventa, ya que ello no afectaría a una cuestión de personalidad, sino a la de fundo. 3.° No es dable estimar la infracción, por inaplicación, de los artículos 1.445 y 1.450 del

Código Civil, ya que, como se decía en el fundamento precedente, las pretensiones de la demanda disponían de virtualidad independientemente de la existencia de los documentos privados. 4.° En relación con el artículo 1.555 del Código Civil, tampoco es de estimar vulnerado, pues la desestimación de los pedimentos reconvencionales acerca de las rentas, era consecuencia inevitable del éxito de los de la contraparte, y 5.° Finalmente, las normas de los artículos 1.734 y 1.735 del Código Civil no pueden entenderse infringidas o inaplicadas, toda vez que la forma y modo de practicarse el requerimiento de 29 de noviembre de 1979, cumplimentada en 4 de diciembre siguiente en la persona de la señora B., viene a acreditar que tanto esta señora como el señor B. conocieron la revocación del poder conferido en favor de la primera en 17 de agosto de 1976, debiendo dar aquí por reproducido el contenido del considerando octavo de la sentencia recurrida.

R DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: INDEMNIZACION DE DAÑOS CONSISTENTE EN EL PAGO DE MATERIALES DE LOS QUE LOS DEMANDADOS SE APROPIARON. ERROR ARITMETICO EN LA SENTENCIA: NO SE CORRIGEN CON EL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1989).

Como antecedentes fácticos a destacar en el procedimiento que ha dado lugar al presente recurso, son los siguientes: 1) Durante los últimos meses del año 1981, la Sociedad Mercantil «Construcciones y Obras Llorente, S. A.», en anagrama «COLLOSA», dedicada a la ejecucón de obras públicas, carreteras principalmente, fue acopiando piedra procedente de machaqueo, zahorra artificial, huso Z-2, tipo granwaka, roca sedimentaria silícica, a la altura del punto kilométrico 35 de la antigua carretera de Salamanca a Coria, por Las Hurdes, entre las localidades de Pinofranqueado y Torrecilla de los Angeles, hasta un volumen total de 7.000 metros cúbicos aproximadamente. 2) Don Angel y don Aniceto L. B. tenían adjudicada la ejecución de una obra de adecuación con afirmado en la carretera de Haycepo al Castillo, ubicada a unos 6 kilómetros de distancia, de donde «COLLOSA» tenía instalada su planta de machaqueo, cuya obra precisaba la utilización de 2.000 metros cúbicos de piedra aproximadamente. 3) En el mes de diciembre del año antes indicado, los precitados hermanos L. B., por medio de personal a su servicio, procedieron cargar y retirar material del acopio de referencia, para emplearla en la obra que tenían adjudicada, suspendiendo las operaciones de carga ante la oposición manifestada por la propietaria de la gravera, «COLLOSA», pero volviendo a reanudarla a mediados del pasado mes, aun cuando no habían sido autorizados al efecto, y 4) Los respectivos hermanos no satisfacieron a «COLLOSA» cantidad alguna por el material retirado.

Con base en los antecedentes relacionados, la sociedad «Construcciones y Obras Llorente, S. A.», promovió en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Plasencia juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Angel y don Aniceto L. B. para interesar se dictase sentencia que les condenase, solidariamente, a abonar a la sociedad la cantidad de 8.449.524 pesetas, con sus intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, cantidad la reclamada

que englobaba las concernientes al valor del material retirado y los perjuicios causados. En el procedimiento se personaron los hermanos demandados para oponerse a las pretensiones de la actora y formular, al propio tiempo, reconvención para solicitar la condena de abono por la contraparte de la suma de 397.500 pesetas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplir la sociedad con sus obligaciones de entregar la piedra pactada, más los intereses de aquélla. Una vez tramitado el procedimiento, el Juzgado, por Sentencia de 21 de octubre de 1986, desestimó ntegramente la demanda interpuesta, absolviendo de la misma a los señores L. B., y con estimación parcial de la reconvencional, declaró la existencia de un incumplimiento contractual por parte de la sociedad actora, con condena expresa a la ndemnización de daños, si en ejecución de sentencia llegaran a acreditarse fehacientemente, con imposición de todas las costas a aquélla. Dicha resolución fue revocada por la dictada en 30 de marzo de 1987 por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Cáceres que, con estimación parcial de la demanda formulada por «Construcciones y Obras Llorente, S. A.», condenó solidariamente a los demandados señores L. B. a que abonasen a la sociedad la cantidad de 1 178.000,20 pesetas, absolviendo a los demandados de las demás peticiones y absolviendo, asimismo, a la parte actora de la reconvención hecha valer por aquéllos sin hacer expresa condena de costas respecto de las causadas por la demanda en primera y segunda instancia, e imponiendo a los demandados las originadas en primera instancia por la reconvención, sin imposición de las causadas en alzada en cuanto a la misma. Y esta segunda sentencia es la recurrida en casación por don Angel y don Aniceto L., con formulación de dos motivos al amparo de los ordinales 5.° y 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente.

Aunque de buena técnica procesal fuese conveniente conceder preferencia en el estudio de los motivos de casación a los fundamentos en el ordinal 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el presente caso y por las razones alegadas por el recurso, debe invertirse la prioridad e iniciar aquel con el examen del motivo amparado en el ordinal 5.°, el primero de ellos, que invoca infracción de los artículos 1.089, 1 092, 1.093 y 1.902 del Código Civil, toda vez que, en el decir del recurrente, «la indemnización por daños por una relación contractual o extracontractual, debe partir de la demostración de la existencia pragmática, real y efectiva de la causación del daño, lo que el demandante, en concreto, no ha precisado en absoluto, ni en todo, ni en parte, fundándose la sentencia recurrida en suposición, más que en hechos concretos». Al argumentar así el recurrente, olvida determinados juicios de valor expuestos en la sentencia recurrida que constituyen indudables premisas de facto, como son: «Tal incomparecencia (se está refiriendo a la del actor para absolver posiciones y a la de los testigos por él propuestos para prestar declaración) ha impedido, lógicamente, concretar el volumen en metros cúbicos de la piedra llamada zahorra acumulada por la sociedad "COLLOSA"..., lo que supone, en evidente obstáculo para el juzgador, a la hora de puntualizar o determinar el montante económico a que asciende la suma de *los daños causados por los demandados al apropiarse de parte de aquel material.* Sin embargo, la correlación entre el resultado de la confesión judicial de los demandados que reconocen, al absolver la posición octava, haberse llevado de dicha piedra acopiada mil y pico metros cúbicos, y la declaración del testigo don Cayetano C. S., afirmando que los demandados tenían que emplear... 2.273,62 metro cúbicos de piedra, constituye elemento de juicio bastante para sostener, por el juego procesal de dos pruebas, la confesión judicial y la de presunciones, *que los demandados utilizaron en su provecho dicha can-*

tidad de piedra... La aplicación a la litis del artículo 1.902 del Código Civil, en cuyo texto legal cabe incardinar *el comportamiento o conducta de los demandados cuando se hicieron dueños, sin serlo, de la precitada cantidad de piedra*... y ello es así porque *el daño aparece consumado con el hecho mismo de la apropiación de material ajeno sin la obligada retribución*, radicando consiguientemente el daño o perjuicio en la circunstancia misma de la sustracción... Por lo que respecta a la reconvención, la negación por la demandante de la existencia al respecto del oportuno contrato, la falta de adveración, a la presencia judicial, de los documentos en los que los demandados basan su demanda reconvencional y *la ausencia en la litis de la indispensable corroboración procesal respecto de la prestación del necesario consentimiento de la actora* para la perfección del contrato... son circunstancias todas ellas determinantes de la inviabilidad de dicha reconvención» (fundamentos de derecho 1.°, 2.° y 4.° de la sentencia recurrida), pues bien, los mencionados elementos de juicio, que llevan en sí, implícitamente, cuando menos, la concurrencia de unos presupuestos fácticos determinados, al no haber sido atacados casacionalmente, originan su evidente incardinación en los supuestos prevenidos en los artículos 1.089, 1.092, 1.093 y 1.902 del texto civil, lo que origina, a su vez, y sin necesidad de mayores razonamientos, el perecimiento del motivo.

El segundo motivo, último de los formulados, se acoge, como se decía, al ordinal 4.° del rituario artículo 1.692, ya que la sentencia, según se argumenta por el recurrente, condenó a dicha parte el abono de 1.170.008,20 pesetas, cantidad que, evidentemente, ha sido obtenida por un error de cálculo del Tribunal *a quo*, puesto que de aceptar su tesis, la cifra de la condena sería de 1.007.489 pesetas. Efectivamente, tomando como base las cifras computadas en el segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida: 1.386 908,20 pesetas (resultante de multiplicar 2 273,62 metros cúbicos por 610 pesetas unidad) y la de 622 metros cúbicos referida a 450 pesetas unidad, es de apreciar que esta segunda multiplicación representaría la cantidad de 279 900 pesetas y su resta de la primera indicada, arrojaría la cifra, s.e.u.o., de 1.107.008,20 pesetas, que debiera haber sido la estimada como condena (no la de 1.007.489 pesetas que se recoge en el motivo), por lo que el exceso que representaría la condena impuesta asciende también, s.e.u.o., a 63.000,20 pesetas. No obstante lo acabado de decir, el acreditado error no puede ser tomado en consideración en cuanto a la posibilidad de fundar un recurso de casación, pues según doctrina de esta Sala, de la que son exponentes, entre otras, las Sentencias de 18 de octubre de 1983 y 6 de febrero de 1986, «la invocación de error aritmético, material o de cuenta, tiene su cauce subsanador no en ámbito del recurso de casación, sino mediante la utilización temporánea del remedio previsto en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo serlo también en la fase de ejecución de la sentencia, conforme a reiterada jurisprudencia que adelantó el tratamiento que a los errores de la clase de los aritméticos, como a todos los materiales o de puro hecho, asigna para la vía administrativa el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que, actualmente, ha extendido expresamente a todo el ámbito jurisdiccional, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, al establecer el apartado 2 de su artículo 267 que «los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificados en cualquier momento», lo que determina, en definitiva, que el motivo analizado deba correr igual suerte que el precente.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLE: RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR. APLICACION DE DERECHO NAVARRO. CLAUSULA PENAL NO ADMITE MODERACION POR LOS TRIBUNALES, EN EL DERECHO NAVARRO. ESCRITO DE CONCLUSIONES SOBRE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989).

En la litis de que dimana este recurso de casación se debate la acción resolutoria de compraventa de bienes inmuebles ejercitado en la demanda, por falta de pago del precio por el comprador, actual recurrente, que fue condenado en forma conteste en ambas sentencias de instancia a desalojar y dejar a disposición de la actora la vivienda adquirida por contrato privado de fecha de 7 de junio de 1982, viniendo obligada la vendedora a restituir al demandado las cantidades recibidas a cuenta del pecio, deduciéndose de ellas el importe a que ascienden los daños y perjuicios causados por el demandado, a cuyo abono se le condena expresamente, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, con arreglo a las bases fijadas en el fundamento de derecho tercero de la resolución de primera instancia. Para llegar a la conclusión expuesta, la sentencia recurrida parte de los hechos probados, que sustancialmente se reducen: *a)* Fijados unos plazos de pago con libramiento y aceptación de letras de cambio, el demandante recurrente, que entró en posesión de la vivienda en cuestión al concertarse la venta, efectuó la primera entrega de 200.000 pesetas y atendió las tres primeras letras de cambio de 62.200 pesetas cada una y no atendió las siguientes, que fueron protestadas. *b)* En 2 de abril de 1984 el demandado comprador fue requerido por acta notarial para la resolución del contrato, con los efectos de la Ley 486 de la Compilación de Derecho civil foral navarro, conminándole al mismo tiempo para otorgar la correspondiente escritura de venta y de subrogación de hipoteca, sin que compareciese. *c)* Por ello, transcurrido con creces el plazo establecido en la Ley 486 citada, se presentó demanda judicial en 11 de diciembre de 1984, cuyo trámite fue suspendido por hallarse las partes en vías de areglo extrajudicial, pero sin desisitir la actora de la acción entablada, ni renunciar a su ejercicio. Mas este conato de arreglo también fracasó, en vista de que el demandado sólo había abonado el importe de la primera de las letras concertadas en este segundo convenio de pago. *d)* El Tribunal *a quo* manifiesta (fundamento segundo, al final) que los hechos expuestos sucintamente los obtuvo previa apreciación de la prueba «practicada en esta alzada a instancia de la parte apelante», actual recurrente, y del «resultado de las diligencias acordadas para mejor proveer», aparte, desde luego, de los hechos que el Juez de primera instancia consideró probados, que también aceptó la sentencia ahora impugnada.

El recurso se basa en cinco motivos, de los que los dos primeros se apoyan en el número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivos estos dos que tratan de desarticular la prueba tenida en cuenta por la Sala de apelación, en cuanto atienden a los medios probatorios que tuvo por conveniente y desatienda los demás. Así, en el primero señala como documentos de los que, en su criterio, se deduce error en la apreciación de la prueba la certificación del director de la sucursal del Banco Hipotecario de España de Pamplona, y el acta notarial complementaria de la escritura de préstamo hipotecario que fue aportada en diligencia para mejor proveer por la parte actual recurrida. Tales documentos fueron ya tenidos en cuenta por la Sala de instancia, que no se olvidó de tomar en consideración la suma de 2.034.850 pesetas percibidas del Banco Hipotecario durante la construcción del edificio por la recurrida, pero que no le dio el efecto que atribuye el recurso porque sobre todo el propio recurrente hizo

caso omiso del requerimiento para otorgamiento de escritura de compraventa, con lo que no se pudo subrogar en tal deuda derivada del préstamo, ello aparte muy principalmente de las razones jurídicas que se exponen en el siguiente fundamento de derecho de esta resolución. Indudablemente no puede el recurrente obtener consecuencias favorables para él del hecho de haber incumplido lo pactado. Y también debe ser desestimado el motivo segundo, que, igualmente, se refiere a documento (liquidación aportada en diligencia para mejor proveer) que tuvo en cuenta la Sala *a quo*, y que, como ya se dijo, no puede prevalecer sobre la apreciación conjunta de la prueba que hizo dicho Tribunal, ni sobre las consideraciones jurídicas derivadas de la relatividad de los contratos.

El motivo tercero, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la vulneración de lo dispuesto en el artículo 1.124, 1.504 y Ley 486 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Ya el motivo parte de hechos que no consideró probados la Sala de apelación, por lo que, al haber fracasado los dos primeros motivos sobre cuestiones de hecho y haber de admitir los hechos que la Sala estimó probados, lleva también el fracaso de este motivo. En particular debe ponerse de relieve la infracción de la doctrina de relatividad de los contratos que implica la conducta del recurrente, ya que no habiendo intervenido en el contrato de préstamo entre el Banco Hipotecario y la entidad ahora recurrida para la construcción por ésta de un grupo de viviendas, pretende deducir efectos favorables de las relaciones entre prestamista y prestatario, lo que contraviene paladinamente a la norma del artículo 1.257 del Código Civil, a cuyo tenor los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes y sus herederos; y sin que en el contrato privado entre vendedor (prestatario en otro contrato) y comprador (ajeno al contrato de préstamo) se haga referencia alguna al contenido de otro contrato, sino únicamente a una subrogación en el lugar del prestatario, que no se llevó a efecto por incumplimiento del contrato de venta por parte del comprador, ahora recurrente. En definitiva, la Sala *a quo* apreció correctamente el incumplimiento contractual por parte del comprador, y, al entrañar ello una cuestión fáctica, su fijación es de plena soberanía del Tribunal de instancia, salvo que se combata con éxito por la vía adecuada, lo que no ha acontecido en el supuesto presente, como así lo ha declarado reiteradamente esta Sala (Sentencias, entre otras, de 21 de febrero, 2 de junio y 4 de octubre de 1986). De todo ello se deduce que no ha habido infracción de los preceptos legales que se invocan, puesto que ciertamente hubo un incumplimiento de importancia, y no irrelevante, del contrato de venta de la vivienda en litigio, como pone de relieve el fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada.

El motivo cuarto, formulado también al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la falta de aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.203, 1.204 del Código Civil «y jurisprudencia referida a dichos preceptos». El motivo es desestimable por plantear una cuestión nueva que no había sido suscitada en momento anterior a la sustanciación de este recurso extraordinario, el que no puede, en modo alguno, ser receptor y decisor de cuestiones litigiosas como si se tratase de una primera instancia. Al respecto debe también observarse la anomalía de tramitación que se observa en las actuaciones, en cuanto la incomparecencia del demandado en primera instancia, que originó la declaración de rebeldía, y su comparecencia en la segunda, dio lugar a alegaciones en trámite impropio para las mismas, sobre todo con infracción del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien permite poner de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias para mejor proveer, las

alegaciones por escrito que se autorizan para aquellas se ha de limitar a lo que estimen conveniente «acerca de su alcance e importancia», pero no está ni en la letra ni en el espíritu de la norma ampliarlas hasta llegar a suplir la fase alegatoria de la litis, truncada por la rebeldía del demandado y que no puede de ninguna manera ser sustituida por estas alegaciones que la ley permite con un limitado y estricto objetivo, sin dejar al arbitrio de las partes reproducir, en contra del principio de preclusión, una nueva y amplia fase alegatoria.

Por último, el motivo quinto, también acogido al número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción por no aplicación del artículo 1.154 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, citando concretamente una sola sentencia. El motivo es igualmente desestimable: *a)* En primer lugar, porque la facultad de moderación de la pena convencional que autoriza al Juez el artículo citado del Código Civil, no se establece en el Derecho civil foral navarro, puesto que la Ley 518, párrafo 1, de la Compilación foral vigente, dispone, por el contrario, que «la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial»; norma que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 12 de la misma Compilación, hay que estimar de preferente aplicación sobre lo dispuesto en el Código Civil, que no es más que Derecho supletorio del foral. *b)* Debe resaltarse, sin que obste en absoluto a su aplicación, que la citada norma foral constituye una excepción en el vigente Derecho comparado más afín al ordenamiento español (común o foral), en cuanto que la moderación equitativa de la pena por el Juez viene establecida tanto en los Códigos del grupo germánico (así en el alemán, parágrafo 343, en el austriaco, parágrafo 1.336-2 y en el suizo de obligaciones, art. 163), como en los del grupo llamado romanizado o latino (así en el francés, art. 1.231; en el español, art. 1.154; en el italiano, art. 1.384, y en el portugués de 1966, art. 812); habiendo sido denegada tal facultad de moderación de la pena en el Derecho foral navarro sin duda por influencia de sus principios generales inspirados en el Derecho romano, cuya doctrina de las estipulaciones penales no entendía éstas como una modalidad de la indemnización preestablecida. *c)* Y habiendo de regirse esta litis en el punto concreto a que alude este quinto motivo por el Derecho civil foral de Navarra, no es aplicable el artículo 1.154 del Código Civil, según ya hizo observar el Juez de primera instancia en su sentencia y aceptó con los demás fundamentos de derecho la sentencia recurrida, por lo que no ha podido ser infringida, y ello conduce a la desestimación de este motivo.

R. DE A.

COSTAS: REGIMEN EN EL PROCESO DE MAYOR CUANTIA Y EN EL DE MENOR CUANTIA. INTERESES DE LA CANTIDAD ESTABLECIDA EN SENTENCIA, EN CASO DE REVOCACION PARCIAL: APRECIACION DISCRECIONAL DEL TRIBUNAL (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1988).

El artículo 710, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil pertenece a las normas de carácter procesal y, dentro de ellas, a las que afectan a las normas reguladoras de la sentencia, encontrando su cauce procesal adecuado en el número 3.º del artículo 1.692 de la misma Ley.

El haber invocado su infracción por el cauce del número 5.º del mismo artículo en el primero de los motivos lo torna en inviable.

Pero es que, en otro orden de ideas, el artículo 710 se encuentra dentro de las

normas específicas dedicadas al juicio de menor cuantía, con su tratamiento especialísimo sobre las costas en dicho procedimiento, al paso que las reguladas para la mayor cuantía se contienen en el artículo 523 para la primera instancia y en el 873 para la segunda y aun cuando pudiera verse un paralelismo entre la última regla y la invocada, es lo cierto que al ser ésta inaplicable, por tratarse de un juicio de mayor cuantía, se incide en trámite de inadmisión (causa segunda de las establecidas en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y que, conforme a reiterada jurisprudencia se transmuta en este trance en causa de desestimación.

Ya la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, saliendo al paso de injustificadas demoras en el pago de cantidades líquidas, estableció un sistema obligatorio de intereses de demora y que ha encontrado una más completa regulación en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción dada al mismo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente. En efecto, conforme al mismo toda resolución que condene al pago de cantidad líquida devengará, en favor del acreedor, *desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada,* un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos regulando otros supuestos que no interesan a los efectos de esta resolución; pero estableciendo que *en los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá conforme a su prudente arbitrio,* razonándolo al efecto.

Habiéndose revocado parcialmente la sentencia de primera instancia, la Audiencia se ajustó escrupulosamente a estos mandatos, estableciendo como fecha inicial del cómputo la de la sentencia de primera instancia ajustándose a su prudente arbitrio, que no puede ser censurado en casación conforme a reiterada y conocida doctrina que veda su acceso a las facultades discrecionales, procediendo, en consecuencia, la desestimación del segundo y último de los motivos del recurso, formulado al amparo del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley Procesal y en el que se denuncia el citado precepto sobre pago y cómputo de intereses en las condenas al pago de cantidades líquidas.

R. DE A.

EJECUCION DE SENTENCIA: SE BASA EN LA PARTE DISPOSITIVA DE ELLA Y NO REQUIERE NINGUNA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1988).

Son antecedentes a destacar en el presente recurso los siguientes:

1.° En procedimiento declarativo de mayor cuantía número 1216/1977, seguido entre doña Purificación Z. S., por sí y en representación legal de sus hijos menores Rafael y María Purificación V. Z., y en nombre de don Ramón V. Z., y doña Josefa N. A., por sí y como representante legal de los hijos menores José y Josefa V. N., y don Francisco V. N., en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, por sentencia recaída en el mismo, en fecha 21 de junio de 1978 (folio 160), se declaró que «la sociedad irregular de carácter civil, existente entre don Ramón y don Francisco V. C., para la ejecución de obras mediante contrata que subsistió, sin solución de continuidad, al fallecimiento del primero, entre sus

herederos y don Francisco V. C., se extinguió a la muerte de éste, debiéndose proceder a la liquidación de la misma por partes iguales entre actores y demandados con efecto al día del fallecimiento de don Francisco, lo que se llevaría a cabo en período de ejecución de sentencia y, además, declarando la indivisibilidad del negocio que se liquida, condenó a los demandados a que paguen en metálico a los actores el activo que a estos últimos pueda corresponderles en la liquidación y ello, en los plazos que se fijen, también, en ejecución de sentencia a la vista de la cantidad que hayan de satisfacerles». Dicha sentencia fue confirmada por la pronunciada en 13 de noviembre de 1979 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia (f. 172). 2.° En incidente de ejecución de la Sentencia de 21 de junio de 1978 y por auto de 29 de abril de 1981 (f. 843), se fijó en 19.404.129 pesetas la cantidad que los demandados deberán abonar a los demandantes, cuyo pago se fraccionará en seis partes iguales, a satisfacer en iguales plazos semestrales, que se iniciarán a la fecha de firmeza de la presente resolución, y debiendo satisfacerse cada plazo dentro del primer mes que inicie cada uno de los semestres, siendo esta resolución revocada parcialmente por el auto de 5 de marzo de 1982, dictado por la Sala de referencia (f. 852), en el sentido de reducir la meritada cantidad a la de 17.404.129 pesetas, estableciéndose los mismos plazos y condiciones que el Juzgado acordó para el pago, y condenando, igualmente, a los demandados a que satisfagan a la parte actora el interés legal de las sumas aplazadas conforme al artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contados a partir de la firmeza de esta resolución; la cual, por auto de 10 de marzo, fue objeto de la siguiente aclaración: «el abono del interés legal será el correspondiente al total de la cantidad pendiente de pago, al iniciarse cada uno de los seis períodos en que se fracciona el pago de la cantidad total a satisfacer» (f. 855). 3.° El auto de la Sala fue confirmado por el Tribunal Supremo en 8 de julio de 1985. 4.° Por admitirse en un solo efecto la apelación interpuesta contra el auto de 29 de abril de 1981, y a instancia de doña Purificación Z. S., se acordó en providencia de 19 de mayo de 1981 requerir a los demandados a fin de que satisfaciesen a la contraparte la cantidad de 3.234.021,50 pesetas a que ascendía el primer semestre (f. 869), por cuya razón, doña Josefa N. A. y durante el período de tiempo comprendido entre las fechas de 28 de mayo de 1981 y 19 de enero de 1984, hizo efectivos seis plazos por importe cada uno de 3.234.021 pesetas, tres de ellos con cincuenta céntimos más, que ascendieron a la suma total de 19.404.127,50 pesetas. 5.° Doña Josefa N. A., por escrito de 23 de diciembre de 1985 solicitó se requiriese a la contraria para que reintegrase la cantidad de 2.000.000 de pesetas, pagadas en exceso, más los intereses correspondientes desde el 5 de marzo de 1982, petición que fue contestada por la contraparte en orden a que quedase en suspenso hasta tanto no se practique la liquidación de intereses devengados por el principal de 17.404.129 pesetas, por lo que por providencia de 16 de enero de 1986 (f. 1009) se dispuso la práctica por el secretario de la oportuna liquidación de intereses y verificado, se acordaría. 6.° Por auto de 27 de enero de 1986 (f. 1015), resolviendo el recurso de reposición formulado contra la expresada providencia, se dejó ésta sin efecto, debiendo el actor estar a lo acordado en el artículo 928 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes. 7.° Doña Purificación, en 29 del mismo mes de enero, presentó «relación de liquidación de intereses» por la cifra total de 8.536.225 pesetas (f. 1017), y doña Josefa, tras de reiterar su petición sobre la entrega de los 2.000.000 de pesetas, mediante escrito de 6 de febrero de 1986 (f. 1020), se opuso a la liquidación, por excesiva, y formuló demanda incidental de previo y especial pronunciamiento por estimar improcedentes e indebidos los

intereses reclamados. 8.° Doña Purificación, evacuando el trámite conferido, por escrito de 20 de marzo siguiente (f. 1030), se opuso a la demanda inicial, y solicitó se declarase no haber lugar a su admisión o se desestimase, con declaración sobre la procedencia de la reclamación de intereses. 9.° El Juzgado, por sentencia de 9 de junio de 1986 (f. 1046), desestimó la demanda incidental, absolviendo de sus postulados a los demandados doña Purificación Z. S. y otros, con imposición de costas a los actores. 10. La Sala Primera de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Valencia, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por doña Josefa N. A., por sentencia de 17 de febrero de 1987 estimó dicho recurso y revocó y dejó sin efecto la dictada por el Juzgado en la fecha antes indicada, acordando, en su lugar, estimar la demanda incidental promovida por la demandada-apelante, declarando la improcedencia de abonar los intereses que se reclaman por doña Purificación Z. S. y otros, a quienes se impone el pago de las costas de primera instancia, y sin especial condena a ninguna de las partes en la alzada, y 11. Contra esta segunda sentencia se preparó por la repetida doña Purificación recurso de casación, manifestándose que la resolución dictada por la Sala era recurrible por encontrarse dentro de las citadas en el apartado 1.° del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la cuantía era inestimable, a tenor de la naturaleza de la litis, por tratarse de una demanda de previo y especial pronunciamiento, y para el supuesto de poderse estimar la cuantía, sería superior a los tres millones de pesetas, cuyo recurso se formalizó, en su momento, con formulación de tres motivos a tenor del número 5.° del artículo 1.692 de la precitada Ley.

El recurso de casación, como se decía, se interpone a través de tres motivos al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, concretamente y de modo respectivo, «violación por no aplicación, del artículo 1.110.1.°, en relación con el artículo 1.108, ambos del Código Civil; del artículo 921 bis (anterior) o 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los precitados del Código, y del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución». Por la íntima conexión existente entre los motivos formulados, su estudio debe hacerse conjuntamente, teniendo en cuenta, como hicieron ver las resoluciones de instancia, que la cuestión única planteada se centra en la procedencia o no del devengo de intereses por la suma que quedó fijada en la fase de ejecución de sentencia: 19.404.129 y 17.404.129 pesetas, según el Juzgado y la Audiencia, respectivamente.

Indudablemente, la ejecución de cualquier resolución judicial ha de acomodarse a los términos que se desprenden de la literalidad de su parte dispositiva, los cuales, por supuesto, deben reflejar el espíritu que informa la sentencia, de manera que el desarrollo de su ejecutabilidad no debe originar ningún problema interpretativo, consideración ésta que proyectada al auto de la Audiencia de 5 de marzo de 1982, por el que se fijó, como líquida y exigible, la cantidad a cuyo pago se condenó a la parte demandada, conduce a la apreciación de que en él se estableció con suma claridad que el pago del interés legal de las sumas aplazadas se iniciaría a partir de la firmeza de esa resolución, pronunciamiento que venía a reiterar lo dispuesto para el abono del capital a satisfacer en seis plazos semestrales, asimismo, pagaderos desde la firmeza expresada, uno y otro pronunciamientos quedaron firmes al dictarse por esta Sala la sentencia de 8 de julio de 1985, recaída en el recurso de casación interpuesto contra el referido auto de 5 de marzo de 1982, sin que en ninguno de los motivos del recurso se planteara tema alguno relativo a los pronunciamientos de firmeza hechos mención, como

así se desprende de la lectura de la indicada sentencia. Y de aquí, que cualquier interpretación que conduzca a contradecir los términos claros y categóricos del fallo del auto de 5 de marzo de 1982, supondría vulnerar su confirmada ejecutoriedad.

Por cuanto antecede y dado que la cantidad objeto de condena, 17.404.129, quedó satisfecha, incluso con dos millones de demasía, en 19 de enero de 1984, o sea, con anterioridad a adquirir firmeza el tan repetido auto de la Audiencia, resulta indiscutible que la meritada suma no puede devengar intereses, lo que lleva a la conclusión de que el deudor, la parte demandada, no incurrió en mora a tales efectos, y a concluir, a su vez, sin necesidad de mayores razonamientos, que no es dable apreciar las infracciones denunciadas en los motivos de casación, lo que determina, en definitiva, la improcedencia del recurso promovido contra la sentencia de 17 de febrero de 1987. A mayor abundamiento, cabría argumentar que la sentencia recurrida en casación no permite su encaje, ni en el apartado 1.º del artículo 1.687 de la Ley procesal, ni en los restantes que contiene, así como tampoco en ningún otro de sus preceptos concordantes, lo cual debería haber originado, en el momento procesal oportuno, la declaración de su inadmisión a trámite, sin que ello, por otro lado, impidiera hacerla valer en la fase actual de la litis, al ser doctrina mantenida por esta Sala que «los motivos legales en que pueda fundarse la no admisión de un recurso, son pertinentes, al resolver en el fondo, para desestimarlo, aún cuando se haya admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen, deban ser desestimados» (Sentencias de 17 de junio de 1919, 19 de febrero de 1921, 27 de noviembre de 1922, 3 de enero y 5 de febrero de 1934, 21 de febrero de 1942, 14 de diciembre de 1946, 4 de junio de 1947, 14 de junio de 1955, 30 de septiembre de 1985 y 20 de febrero de 1986).

R. DE A.

VENTA DE VIVIENDAS. CONSTRUCCION Y VENTA: EL PLAZO DE PRESCRIPCION ES DE QUINCE AÑOS, NO EL DEL ARTICULO 1.490 (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1989).

La impugnación que se hace, en el único motivo del recurso, de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Palma de Mallorca de 11 de abril de 1987, que impuso al demandado la obligación de reparar determinadas imperfecciones acusadas en viviendas del «Edificio Rosal» de dicha ciudad, construido y vendido parcialmente por el recurrente a los demandantes, así como de indemnizar a los mismos por el defectuoso cumplimiento del contrato de compraventa suscrito por los litigantes, gira básicamente en torno a la afirmación del actor en este trámite, de que la responsabilidad, por existencia de los vicios o defectos denunciados, no es subsumible en el supuesto del artículo 1.101 del Código Civil, sino bajo el artículo 1.484 y siguientes del mismo Cuerpo legal lo que, en el presente caso, determina, a su juicio, la procedencia de declarar prescrita la acción ejercitada, por haberlo sido más allá del plazo que establece el artículo 1.490 del propio Ordenamiento, para reclamar por los defectos constructivos de las viviendas enajenadas por el promotor-constructor, el cual, a lo sumo, vendría obligado, sigue el recurrente, a soportar el desistimiento contrac-

tual de los compradores con el abono de gastos o una reducción proporcional del precio de venta, en los términos previstos en los artículos 1.469 y 1.486 del Código, cuestión esta de inevitable rechazo en el trámite casacional, por obligado seguimiento de la notoria doctrina que veda el acceso a este recurso extraordinario de todo particular pedimento que no aparezca planteado ni, por tanto, discutido en la instancia, perecimiento que alcanza a la total tesis impugnatoria en examen que, en sustancia, se limita a reiterar, en casación, el argumento prescriptivo de la acción ejercitada por aplicación del artículo 1.490 del Código Civil que, en ambas instancias, constituyó el eje central de la oposición del demandado, reiteradamente rechazada en primera instancia y apelación, a la vista del contenido de lo contratos de compraventa de las viviendas edificadas por el demandado y de la memoria descriptiva adjunta a los mismos, así como de la descripción de calidades del inmueble en construcción que, el promotor constructor, hizo en los repetidos anuncios publicitarios, toda cuya documentación, unida al resultado de la pericial e inspección ocular, permite al juzgador concluir, de una parte, en la decisiva influencia de la publicidad «sobre la conducta y voluntad de los actores» al contratar y, de otra, en la existencia de defectos y omisión de detalles en la obra entregada, respecto de lo ofrecido públicamente y contemplado en las memorias descriptivas y contratos correspondientes, con todo lo cual la conducta enjuiciada manifiestamente cae bajo el supuesto de contravención de lo convenido, que sancionan los artículos 1.101 y 1.258 del Código, incumplimiento contractual cuyo plazo de reclamación de quince años (artículo 1.964 del Código) estaba vivo en el momento de ejercitar la acción los actores, conclusión final ésta de la sentencia combatida que permanece inalterable, y así ha de declararse con la consiguiente claudicación del motivo de casación enjuiciado, luego de que aquellas otras interpretaciones y afirmaciones fácticas quedaron definitivamente establecidas en la instancia.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA (VICIOS DE CONSTRUCCION): RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA PARTICIPACION EN LA RESPONSABILIDAD. CONCURRENCIA DE FORMULA DE SOLIDARIDAD DE MANCOMUNIDAD (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1989).

La litis, juicio de menor cuantía, de que dimana este recurso de casación, comenzó por demanda en la que don Francisco S. P., en su calidad de presidente de la comunidad de propietarios del inmueble sito en Paterna (Valencia), calle Virgen de los Desamparados, número ..., demanda a don Joaquín E. Z., en su calidad de vendedor, promotor y constructor de las viviendas, a don Luis M. L. y don Vicente B. V., como arquitectos que intervinieron en la obra del inmueble, y a don Vicente G. P., como arquitecto técnico, solicitando se determine la responsabilidad personal de los demandados en la medida en que por su intervención en la obra dieron lugar a los vicios ruinógenos que manifiesta la finca citada y paguen a la comunidad actora el importe de la realización de las obras necesarias para solventar las deficiencias existentes y a su entera costa y expensas, declarándose la responsabilidad solidaria de los demandados si no pudiese determinarse su responsabilidad particular. Ambas sentencias de instancia, acep-

tando la ahora recurrida los fundamentos de derecho de la dictada en primera instancia, condenaron a los demandados constructor y arquitectos a satisfacer solidariamente a la actora la suma de 278.252 pesetas; a los cuatro demandados a pagar, con el mismo carácter solidario, 7.996.572 pesetas, y al demandado constructor y propietario, vendedor, a indemnizar 1.069.600 pesetas, así como a que ejecute a su costa la reparación de la grieta existente en el piso primero, puerta ocho, del mencionado edificio, absolviendo a los demandados de los demás pedimentos de la demanda. Formula el presente recurso de casación únicamente don Joaquín E. Z.

El recurso se basa en dos únicos motivos, con invocación del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que implica admitir los hechos en que se basó la sentencia recurrida para la estimación parcial de la demanda, e impone a esta Sala de casación partir de los mismos hechos para resolver sobre ambos motivos. Los hechos en cuestión fueron esencialmente los siguientes: *a)* Se probaron los defectos de construcción que alegó el escrito inicial, en cuanto a la grieta existente en el suelo de la sala de estar de la vivienda número 1, la que se prolonga hasta el techo, y cuya anchura supera en zonas incluso el milímetro y medio. Ese defecto se declara asimismo derivado tanto de deficiencias del proyecto como de mala ejecución de la obra. *b)* Se acreditaron, además, vicios de carácter estrictamente constructivo, como las grietas en paredes exteriores y recayentes en los patios interiores, los producidos por humedades y goteras en varias viviendas, la grieta vertical en el piso primero, puerta 8, hundimiento de pavimento de cocina y aseo en diversos pisos y grietas generales y numerosas en suelos y paredes de diversas viviendas, y otros desperfectos que señalan los fundamentos tercero de la sentencia recurrida y quinto de la de primera instancia, aceptado por la impugnada. *c)* Por último, se acreditaron también la utilización de arena, yeso y escombro sin capa alguna de mortero de cemento, como sustento del pavimento, lo que provocó el hundimiento de aquél; la cesión experimentada por el forjado del suelo como consecuencia de no haberse dejado un «huelgo» en el cerramiento de los miradores, cuya falta de apreciación por los arquitectos implica una dejación de sus deberes de vigilancia e inspección.

De los diversos defectos de construcción observados y probados, que minuciosamente se relacionan en la sentencia recurrida y en la aceptada de primer grado, se atribuyan unos únicamente al constuctor o contratista, y otros conjuntamente al mismo y a los arquitectos y aparejador demandados, por no haberse podido discernir hasta dónde llega de hecho la responsabilidad de cada uno, al deberse las graves deficiencias de la edificación tanto a vicios del suelo y de la dirección, como a vicios de construcción como omisión de vigilancia en la utilización de materiales y en la comprobación de su calidad. Se declaró, por tanto, en gran parte una responsabilidad solidaria de los intervinientes en la obra por infracción de los respectivos deberes contractuales, haciéndose necesario que aquella solidaridad se declare para protección de la confianza de los adquirentes de los pisos, a lo que contribuye también la consideración de que, en defecto de deslinde de actuaciones, hay que estimar debida una prestación indivisible integrada en una relación obligatoria unitaria comprensiva del acreedor y de todos los deudores solidarios; relación obligatoria que se nos presenta como de orden superior, superpuesta a las vinculaciones obligacionales particulares de cada uno de los implicados, ciertamente aptas para ser de distinta naturaleza, pero unidas permanentemente entre sí como destinadas en común a la satisfacción en el supuesto debatido de los compradores de las viviendas, que forman la

comunidad de propietarios actora y ahora recurrida. Debiendo observarse también que no se está ante una obligación solidaria propiamente dicha, por no basarse la de cada uno de los deudores solidarios en el mismo fundamento jurídico (pues unos son responsables del cumplimiento del llamado contrato de arquitecto y otros del contrato de asistencia técnica o de construcción de la obra). Sólo es necesario que el acreedor pueda exigir de todos lo mismo y que la prestación realizada por uno libere a los otros frente al acreedor; en definitva, se da la comunidad de fin en interés del acreedor y la obligatoriedad de los deudores en el mismo grado.

Lo expuesto en el precedente fundamento lleva consigo la desestimación de ambos motivos del recurso, el primero basado en la infracción del artículo 1.137 del Código Civil y el segundo por aplicación indebida del artículo 1.138 del mismo Cuerpo legal, precepto este último que al no ser aplicado por la sentencia recurrida no ha podido ser infringido por la misma, ni aplicado indebidamente. En el primero de dichos motivos el recurrente hace propiamente una nueva apreciación de la prueba para afirmar que se ha acreditado documentalmente que las obras ejecutadas se ajustaban al proyecto aprobado, olvidando que, como ya se indicó, ambos motivos no impugnan los hechos sino únicamente la cuestión de derecho, y que esta Sala no puede volver a examinar ahora nuevamente las pruebas sin la invocación previa, reducida, como es sabido, a la prueba documental en sentido estricto, del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El segundo de los motivos, aparte del defecto formal puesto de relieve, parte también de nueva apreciación de la prueba, en cuanto asigna únicamente al arquitecto un defecto de proyecto respecto de la grieta del suelo de la sala de estar, cuando la Sala *a quo* consideró probada la atribución del defecto citado tanto a arquitectos como a contratista (fundamento de derecho segundo) y con olvido de la reiterada doctrina de esta Sala declarativa de que procede la solidaridad entre sujetos responsables de ilícito culposo con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar comportamientos ni responsabilidades (Sentencias, entre otras, de 17 de junio, 13 de noviembre y 30 de diciembre de 1985 y 12 de junio de 1987).

R. DE A.

CONTRATO DE SEGURO. CALCULO DE LA INDEMNIZACION. INCREMENTO DEL 20 POR 100 ANUAL EN EL CASO DE IMPAGO DE LA INDEMNIZACION (AUSENCIA DE CAUSA JUSTIFICADA EN EL RETRASO). LIMITE, LO COBRADO EN EJECUCION PROVISIONAL DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1989).

El recurrente impugna la sentencia, en el primer motivo del recurso, por el cauce del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando infracción de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en los artículos 1.091, 1.255 y 1.358 del Código Civil, porque, en su sentir, la sentencia no respeta los pactos de la póliza de seguros al aplicar el porcentaje del 50 por 100 del capital asegurado para calcular la indemnización correspondiente a las secuelas del brazo derecho y el motivo debe prosperar porque la lectura del texto de la póliza revela que para la pérdida del brazo derecho se prevé que la

indemnización equivaldrá al 60 por 100 de los diez millones que constituyen el capital asegurado y de este 60 por 100 (seis millones) se ha de extraer la cifra correspondiente al déficit global apreciado en la sentencia que es el 20 por 100, lo que permite obtener la cantidad de 1.200.000 pesetas, que unida al 20 por 100 correspondiente al tobillo dañado en un 50 por 100, da un total de 2.200.000 pesetas, en lugar de los 2.000.000 reconocidos en la sentencia de instancia con manifiesta violación de la ley del contrato que es la póliza, de la que por error se tomó como base del cálculo las cifras porcentuales correspondientes al brazo izquierdo.

El segundo motivo, también por la vía del número 5 del artículo 1 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de la Ley del Contrato de Seguro, cuyo artículo 20, conteste con la condición general 16 de la póliza, prevé, que si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 20 por 100 anual. Y, efectivamente, analizando el caso se comprueba que nacida la obligación de indemnizar el día 23 de abril de 1984, día del accidente primero, ha transcurrido cumplidamente el plazo legal sin indemnizar ni probar causa justificada del retraso, porque no constituye causa justificada que la aseguradora se limite a discrepar del cálculo y valoración de las secuelas y no acuda a la utilización de los procedimientos dirimentes previstos en los artículos 38, 104 y concordantes de la Ley del Seguro, a pesar de haber sido requerida notarialmente por el asegurado, dando lugar a la reclamación judicial en cuya primera instancia tampoco se personó. El razonamiento de la sentencia de instancia sobre la liquidez de la deuda a los efectos de justificar el retraso en el pago no es aceptable porque la Ley del Seguro prescinde por completo de las necesidades de liquidez para imponer el recargo y estimula a las partes a dirimir sus controversias. De lo anterior se desprende que ha de ser atendido el motivo impugnado, pero ello no obstante, no puede accederse a la totalidad de lo pedido, porque ejercitada la demanda en reclamación de 3 200.000 pesetas, más el 20 por 100 anual de recargo previsto en la Ley para el retraso, más los intereses legales que correspondan, la sentencia de primera instancia concedió la suma global indemnizatoria de 2.400.000 pesetas más el interés legal que en su caso proceda por aplicación del artículo 921 de la Ley; y como esta sentencia fue consentida, y así ejecutada provisionalmente a petición de la parte actora, es el techo que no se puede rebasar en este recurso por impedirlo el principio procesal de la interdicción de la *reformatio in peius*. En consecuencia, la admisión del recurso llevará a elevar la suma de 2.000.000 millones de pesetas (concedidas en segunda instancia, en virtud de la aceptación parcial del recurso de apelación interpuesto por la aseguradora personada para recurrir la sentencia de primera instancia) a la suma de 2.200.000 pesetas, y ésta hasta la cifra total de 2.400.000, por aplicación del recargo legal del artículo 20, con el límite máximo consentido por la actora.

El tercer motivo, también por el cauce del número 5.º del artículo 1.692, denuncia la infracción del artículo 38.9 de la Ley del Seguro, que impone a las compañías aseguradoras la obligación de pagar los gastos originados al asegurado por el proceso, pero el motivo no puede prosperar porque el supuesto previsto por el citado precepto se refiere a las casos de «demora del asegurador en el pago del importe de la indemnización devenida inatacable», supuesto que no es el de autos en que ha sido precisada la declaración judicial de la cantidad. Por todo ello, en materia de costas, para el caso de autos, rigen las normas generales,

conforme a las cuales, visto el tenor de los artículos 523, 896 y 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el contenido de los fallos judiciales, no se imponen expresamente las costas de ninguna de las instancias ni de este recurso.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. DEFECTO EN LA FABRICACION: DIFERENTE DE LA INSTALACION. CAMBIO DE DENOMINACION DE LA SOCIEDAD RECURRENTE. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1989)

«Tecnologías de Calefacción, S. A.» (TEDECSA) funda el primer motivo (art. 1.692-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) del recurso en haberse quebrantado «las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia» y, concretamente, del artículo 359 de la Ley Procesal en cuanto establece que las sentencias deben ser «congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito». Argumenta que, al no haber sido demandada, no podía ser condenada, como lo fue, en la sentencia, pero lo cierto es que el actor, don León L. G., al evacuar el trámite de réplica, aclaró que «TEDECSA» se había denominado antes «Ferroli Hispania, S. A.» y era, en definitiva, la fabricante de la caldera o generador de agua caliente marca «Ferroli» en que se produjo una salida incontrolada de gas y la explosión que tuvo como consecuencia los daños y perjuicios irrogados al señor L. O., cuyo resarcimiento éste pretende, por lo que la sentencia recurrida estimó acertadamente que se había producido un simple error material al demandar a «Ferroli» cuando en realidad se refería a «Ferroli Hispania, S. A.», «TEDECSA» a partir del día 2 de agosto de 1977 por cambio del nombre social, y, por lo demás, «TEDECSA» se personó en autos, contestó a la demanda e intervino en el proceso sin limitación alguna, por lo que no se aprecia incongruencia en la sentencia del Tribunal *a quo* y ha de ser desestimado este motivo.

También el segundo motivo del recurso sigue la vía procesal del artículo 1.692-3.º e invoca el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero con referencia a que, en tesis de la recurrente, la sentencia otorgó «más de lo pedido al condenar, de una parte, a "TEDECSA" a abonar al actor 3.800.205 pesetas, más intereses legales, y de otra, a "Butano, S. A." y "La Unión y el Fénix Español, S. A." a abonar, igualmente, conjunta y solidariamente, entre sí y con la anterior demandada la suma de 1.000.000 de pesetas más intereses legales de esta cantidad, suma esta última que no figura solicitada por el actor en el suplico de la demanda ni en el de réplica, ni en ningún otro». Ciertamente, la formulación del fallo no es todo lo precisa que fuera deseable, pero el alcance de la condena queda claro si se observa que, en la demanda, se había interesado dicha condena respecto de «Ferroli», «Butano, S. A.» y «La Unión y el Fénix Español, S. A.» solidariamente al pago de 3.800.205 pesetas en concepto de indemnización, más los intereses, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, lo que hizo fue condenar a «TEDECSA» a abonar la suma expresada y a «Butano, S. A.» y «La Unión y el Fénix Español, S. A.», conjunta y solidariamente, entre sí y con la otra demandada, a pagar 1.000.000 de pesetas, quiere decirse que la responsabilidad

de las dos últimas sociedades sólo se extiende a esta cantidad y no al total de la condena a «TEDECSA», según se razona en el sexto fundamento jurídico de aquella sentencia con base en el condicionado particular de la correspondiente póliza, todo lo cual priva de fundamento al motivo examinado.

El tercer motivo formalizado por «TEDECSA» lo ha sido asimismo al amparo del artículo 1 692-3.° y en relación con el artículo 359, y se basa en que la acción ejercitada por el señor L., en forma no exenta de alguna oscuridad, se fundamentó en «el artículo 1.902 en corcondancia con el 1.089 del Código Civil» (responsabilidad extracontractual) y la sentencia de primera instancia recondujo la cuestión a un supuesto de responsabilidad derivada del contrato de compraventa de la caldera, que entendió suministrada por «TEDECSA» al demandante. Ahora bien, ya la Sala de apelación precisó «que de la prueba practicada no aparece que fuera la demandada "TEDECSA" quien realizó la instalación sino la empresa Faustino Barbado, o Barbado-Instalaciones», lo que implícitamente excluye la relación contractual entre «TEDECSA» y el señor L., y evidencia que la indemnización se estima procedente a consecuencia de la culpa o negligencia concurrente en aquella como fabricante de la caldera y dentro del ámbito de la *causa petendi* según se configura en la demanda Así debió razonarse expresamente en la sentencia de segunda instancia cuya omisión, sin embargo, carece de trascendencia en este momento dado que no altera en absoluto el sentido del fallo; ha de ser, por tanto, desestimado este motivo.

La cuestión referente a la excepción de falta de legitimación pasiva en «Ferroli», suscitada en el cuarto motivo (art. 1.692-3.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por entenderse que la sentencia recurrida fue incongruente (art 359 id.) al no pronunciarse sobre la misma, supone desconocer lo ya expuesto sobre como al dirigirse la demanda contra «Ferroli», que, como afirma dicha sentencia, «no es una entidad mercantil ni una sociedad sino una patente de introducción y una marca y, consecuentemente, carece de personalidad jurídica», se cometió un error material aclarado posteriormente, por lo que la desestimación de la excepción se infiere de la argumentación de la sentencia, pues no se trata de un tema atinente a la legitimación pasiva de «Ferroli» sino que, en realidad, se demandó a «Ferroli Hispania, S. A.», denominación anterior de «TEDECSA», y así se fundamenta la desestimación de la excepción contenida en el fallo del Juzgado («rechazando las excepciones procesales alegadas») confirmado en apelación, sin que, por tanto, se aprecie la ausencia de pronunciamiento alguno exigible por razones de congruencia, lo cual comporta la improcedencia del motivo estudiado.

Por el cauce procesal del artículo 1.692-5.°, se formula el quinto motivo del recurso invocando infracción del artículo 1.232 del Código Civil, en relación con los artículos 1.231 y 1.233 del mismo; parte la recurrente de que el señor L. reconoció en confesión judicial que el instalador de la caldera fue don Faustino B. —no «TEDECSA»— y reitera que, por ello, debe excluirse la existencia de relación contractual entre dicho demandante y esta sociedad, imputando al Tribunal *a quo* que desconoció esta realidad al confirmar la sentencia de primera instancia que estimó lo contrario; olvida la recurrente que la sentencia de la Sala de lo Civil declara probado que fue la empresa «Faustino Barbado» la instaladora de la caldera, según confesó el demandante, y, por tanto, es claro que carece de fundamento este motivo, a más de que, como ya se ha razonado, la responsabilidad que da lugar a la condena tiene carácter extracontractual.

Los motivos sexto y séptimo, ambos amparados en el artículo 1.692-5.°, han de rechazarse también porque versan sobre la infracción de normas que presu-

ponen una relación contractual entre la recurrente y el señor L. (arts. 1.591 y 1.253 del Código Civil) y, como reiteradamente viene argumentándose en esta sentencia, no es esa la base de la condena.

El octavo motivo del recurso (art 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ofrece mayor interés porque plantea la posible exoneración de «TEDECSA», «incluso en el caso de que se suponga una obligación nacida extracontractualmente», por no haber incurrido en negligencia, pues esta sería atribuible a «Honeywell, S. A.» como fabricante de la válvula que no soportó el exceso de presión, mas sucede que el hecho declarado probado en la sentencia del Juzgado, en la parte aceptada por la Sala de apelación, de que «no obstante la instalación de la caldera en el año 1973, dado su limitado uso a los fines de semana y periodo de vacaciones invernales, su utilización real ha de quedar circunscrita a poco más de una temporada, en cuyo tiempo la válvula y el termopar fue cambiado en dos ocasiones, elemento material al que procede atribuir la causa fáctica de salida incontrolada del gas, y cuya consecuencia jurídica implica una defectuosa prestación de entrega por la entidad suministradora del aparato, al adolecer de defectos intrínsecos, que conlleva la obligación de reparar el daño acaecido por su utilización», constituye base suficiente para fundamentar la responsabilidad por negligencia (art. 1.902 del Código Civil) de la recurrente con independencia del error en que incurra el Juzgado de Primera Instancia al referirse a la «defectuosa prestación de entrega», cuando se trata de un defecto en la caldera imputable a su fabricante, quien debe ser responsabilizado del buen funcionamiento de todos sus elementos y tanto más de aquellos cuyas anomalías puedan dar lugar a un grave accidente, aunque hayan sido fabricados por otra empresa, ya que el hecho de su incorporación por él, inicial o posterior, al conjunto del aparato precisa su comprobación minuciosa, de donde se sigue la inviabilidad de este motivo.

R. DE A.

COMPRAVENTA: EN FRAUDE DE ACREEDORES (NO EXISTE). SOCIEDAD ANONIMA REPRESENTADA POR CONSEJERO-DELEGADO CUYO NOMBRAMIENTO NO FUE INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL. DEFECTO EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1989).

En el proceso del que este recurso dimana, promovido por don Fernando R. P y don Ramón y don Ginés R B. contra don Antonio F. P., doña María Gabriela, doña María José y doña María Mercedes A. T., doña Irene T. M., don Miguel y don Isidro M. L., don Antonio M. M. y la entidad mercantil «Constructora Royes, S. A.» (aunque esta última, según dice expresamente en la demanda, como demandada «con carácter subsidiario»), los referidos actores postulan que se declare simultáneamente la nulidad y rescisión, por fraude de acreedores, del contrato de compraventa, instrumentado por escritura pública de fecha 19 de enero de 1982, autorizada por el notario de Murcia don Vicente M. T. (número 108 de su protocolo), por la que la entidad mercantil «Constructora Royes, S. A.», representada por su consejero-delegado, don Antonio F. P., vendió a don Miguel y don Isidoro M L y a don Antonio M. M., la finca urbana que en dicha escritura se describe,

por el precio de 10.000.000 de pesetas. Los actores, que se titulan accionistas de la entidad vendedora, fundaron el ya expresado doble y conjunto pedimento, pese a la evidente contradicción jurídica, dicho sea de paso, que entraña el postular simultánea y conjuntamente la nulidad y la rescisión de un mismo contrato, cuando esta última presupone y exige necesariamente la validez del contrato que se trata de rescindir (art. 1.290 del Código Civil), fundaron, decíamos, ese doble pedimento, en esencia, por un lado, que entienden que quien actuó en representación de la entidad vendedora (don Antonio F. P.), como consejero-delegado de la misma, carecía de facultades de representación para ello, y, por otro, en que uno de los actores, concretamente don Ramón R. P., afirma ser acreedor, en la cantidad de 1.250.000 pesetas, del fallecido don José A. A., esposo y padre, respectivamente, de las codemandadas doña Irene T. M. y doña María Gabriela, doña María José y doña María Mercedes A. T., por lo que entiende que el referido contrato de compraventa ha sido celebrado en fraude de su expresado derecho de crédito. En el aludido proceso, del que este recurso dimana, recayó sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, de fecha 24 de marzo de 1987, por la que, confirmando la del Juez de Primera Instancia número 1 de Murcia, desestimó totalmente la demanda y absolvió de la misma a los demandados.

De los cinco motivos, a través de los cuales los actores don Fernando R. P. y don Ramón y don Ginés R. B. articulan el presente recurso contra la citada sentencia de la Audiencia, los señalados como primero y tercero parecen encaminarse a combatir el pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad del citado contrato de compraventa, los numerados como segundo y cuarto tienden a impugnar el particular del fallo que desestima la acción revocatoria o pauliana simultáneamente ejercitada (aunque sin designarla correctamente) contra dicho contrato, y por el quinto y último se dice denunciar error en la apreciación de la prueba. Razones de estricta metodología procesal imponen que el estudio de los referidos motivos se comience por el último, pues al poder afectar el mismo, al menos en el plano teórico, a la *quaestio factio*, siempre su previa resolución podría ser presupuesto condicionante de la que hayan de merecer las cuestiones jurídicas que se plantean a través de los otro cuatro.

La primera dificultad que plantea el estudio del referido quinto y último motivo es la de poder conocer a qué clase de error (de hecho o de derecho) en la apreciación de la prueba se quiere referir, pues al decir en el encabezamiento del mismo que lo articula por el cauce ordinal quinto («art. 1.692-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», dice textualmente), parece estar señalando al error de derecho, único que es denunciable por dicho cauce procesal, pero luego da la impresión de estarse refiriendo al error de hecho, cuyo cauce procesal de denuncia es el del ordinal cuarto, cuando en el breve e insustancial desarrollo que hace de dicho motivo, después de una innecesaria referencia a que «como se dice en la exposición de motivos de la Ley de Reforma Urgente de Enjuiciamiento Civil, por los artículos 1.692 y 1.707, hoy vigentes, de los dos recursos, el de infracción de Ley y quebrantamiento de forma, se ha hecho uno solo de casación, comprensivo de los dos anteriores, pues los siete motivos de infracción de Ley y los ocho motivos por quebrantamiento de forma, en la nueva regulación ha quedado reducido a los cinco enunciados en el artículo 1.692», agrega únicamente lo siguiente: «Así pues, habremos de dar cumplimiento a lo establecido y señalaremos a continuación de manera suficiente para que sean identificados, los documentos en demostración del error padecido por la sentencia recurrida, en la apreciación de la prueba practicada. El error en la apreciación de la prueba, se

padece por el juzgador de instancia del examen de los siguientes documentos e informes: 1. Recibo al folio 70 de los autos; 2. Escritura otorgada en 4 de junio de 1973 en la Notaría de don José María de Prada, incorporada a los autos para mejor proveer por el Juzgado de Murcia; 3. Junta de 14 de junio de 1980, Libro de Actas; 4. Escrito, folio 791 al 803; 5. Juzgado de Primera Instancia número 9, folios 804, 809, 810 y 813; 6 Oposición falta de personalidad y legitimación de los recurridos, folio 818, ver resumen escrito conclusiones, y 7. Testimonio del secretario de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Madrid, don Mario Buisam Bernar, folios 750 al 781». Pero cualquiera que sea, de las dos indicadas clases de error, aquella a la que quiera referirse, a más de no citar precepto alguno de los que, conteniendo normas valorativas de prueba, considere infringido, así como el concepto en que lo haya sido, como es exigencia ineludible para poder denunciar el error de derecho (Sentencias de esta Sala de 6 de julio y 17 de septiembre de 1985, 24 de febrero y 7 de junio de 1986, 21 de septiembre de 1987, 22 de junio de 1988, entre otras muchas), la insalvable dificultad que presenta este motivo es la de que, como puede apreciarse por la lectura del desarrollo del mismo, que acabamos de transcribir literal e íntegramente, no expresa, ni siquiera de forma tácita, indirecta o alusiva, cuál sea el concreto error (de hecho o de derecho) que los recurrentes entienden que ha cometido la sentencia recurrida en su apreciación de la prueba y que pretenden denunciar por medio de este motivo, lo que forzosa e ineludiblemente ha de llevar al fenecimiento del mismo, al no ser factible que esta Sala se adentre en una nueva valoración de toda la prueba practicada, como parecen pretender los recurrentes por la forma en que articulan dicho motivo, ya que, como tantas veces se ha dicho, la casación no es una tercera instancia.

A combatir el pronunciamiento desestimatorio de la ejercitada acción de nulidad del contrato de compraventa litigioso parecen encaminarse, como ya se ha dicho, los motivos primero y tercero, por lo que el estudio de ellos, por estrictas exigencias de sistemática, habrá de hacerse uno a continuación de otro y con preferencia a los dos restantes. Por el primero, sin indicar siquiera el cauce procesal por el que lo articulan, lo que hace suponer que habrán querido hacerlo el del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el adecuado, diciendo textualmente denunciar «infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1.300, 1.259, 1.713 y 1.714 del Código Civil y el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, que han de considerarse infringidos por la sentencia del Tribunal *a quo* así como el 50 del Código de Comercio», y tras hacer en el desarrollo del mismo una mezcla de muy diversos y heterogéneos alegatos, casi todos ellos ajenos a la cuestión litigiosa aquí debatida, como ha sido la tónica rectora de todos sus escritos fundamentales en la instancia, los recurrentes siguen basando, en esencia, su pretensión de nulidad del contrato de compraventa objeto de litis en su alegación de quien actuó en representación de la sociedad anónima vendedora (don Antonio F. P.), como consejero-delegado de la misma, carecía, según dice, de facultades para ello. El expresado motivo ha de fenecer, aparte de porque ese supuesto defecto de representación solamente podría haber sido alegado por quienes, compradores, contrataron con la sociedad vendedora o por ésta misma (art. 1.302 del Código Civil), no por quienes como los recurrentes, no fueron partes contratantes, y aparte también de la involucración o mezcla que, con desconocimiento de la técnica casacional, hacen los recurrentes en un solo motivo de preceptos de muy heterogénea naturaleza y reguladores de materias diferentes, por las siguientes razones: 1.ª Porque la realidad y existencia de la representación de la

sociedad vendedora por parte de don Antonio F. P., como consejero-delegado de la misma, en la fecha de celebración del contrato de compraventa litigioso, como *quaestio factio* que es, la declara probada la sentencia recurrida, en plena coincidencia con la de primer grado, tras su valoración conjunta de la prueba practicada, cuyo hecho probado, al no haber sido desvirtuado en esta vía casacional, ha de ser mantenido incólume. 2.ª Porque aparece probado que en la Junta general extraordinaria de la Sociedad Anónima «Constructora Royes, S. A.», celebrada el día 19 de noviembre de 1981, a virtud de convocatoria judicial hecha por resolución del Juez de Primera Instancia número 9 de los de Madrid, y a la que asistieron los recurrentes, como accionistas de la misma, se adoptó el acuerdo de nombrar nuevo Consejo de Administración de dicha sociedad, integrado por doña María Gabriela, doña María José y doña Mercedes A. T., como presidenta, secretaria y consejera-vocal, respectivamente, cuyo Consejo de Administración, en la misma fecha citada, y por unanimidad, adoptó el acuerdo de nombrar consejero-delegado a don Antonio F. P., nombramiento que fue instrumentado por escritura pública de fecha 20 de noviembre de 1981, autorizada por el notario de Madrid don Federico Terrer de la Riva, con el número 743 de su protocolo, por lo que al no constar en los autos de este recurso dimana que ninguno de los dos referidos acuerdos sociales (el de constitución del nuevo Consejo de Administración y el de nombramiento por éste de consejero-delegado) hayan sido judicialmente impugnados, en la forma y tiempo establecido para ello, por los aquí recurrentes, no cabe la posibilidad de que éstos pretendan ahora desconocer las facultades de representación que legalmente y con anterioridad a la celebración del contrato de compraventa litigioso, habían sido conferidas al referido consejero-delegado y tratar de basar en ello su pretensión de nulidad del mencionado contrato.

El motivo tercero lo articulan los recurrentes en los siguientes términos: «Infracción en la sentencia recurrida de los artículos 21, número 6, y 29 del Código de Comercio, defecto en el ejercicio de la jurisdicción, artículo 1.692-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Ante una situación auténtica perplejidad nos coloca el estudio de este motivo, pues si bien es cierto que el cauce procesal adecuado para denunciar un defecto en el ejercicio de la jurisdicción es el del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el utilizado por los recurrentes, no lo es menos, por un lado, que la sentencia recurrida no se ha abstenido de conocer y resolver ninguna de las cuestiones que verdaderamente constituyen el objeto litigioso (petición de nulidad y rescisión simultánea de un contrato de compraventa), por estimar que carezca de jurisdicción para ello (que es lo que constituiría el vicio de defecto en el ejercicio de la jurisdicción), y, por otro, que los artículos 21, número 6, y 29 del Código de Comercio, en que se apoya el motivo, al no contener norma alguna atributiva de jurisdicción, no pueden servir para patentizar ese supuesto defecto en el ejercicio de la misma, que atribuyen equivocadamente a la sentencia recurrida. Aunque lo hasta ahora dicho sería bastante para dejar correctamente desestimado este motivo, con afán de agotar el estudio del mismo, y aunque no sea misión propia de ningún órgano jurisdiccional, ni mucho menos de esta Sala de casación, el suplir las deficiencias técnicas de las partes en la defensa de sus respectivos derechos, entendemos que, como parece desprenderse del confuso desarrollo que hacen del motivo, en el que vuelven a mezclar alegatos ajenos a la cuestión litigiosa aquí debatida, tal vez hayan querido los recurrentes denunciar la infracción de los citados artículos del Código de Comercio (aunque el cauce procesal adecuado por ello es el del ordinal quinto y no el del primero aquí utilizado),

porque entiendan que la carencia de facultades representativas en el consejero-delegado de la sociedad para celebrar, en nombre de ésta, el contrato de compraventa litigioso, pueda venir determinada por el hecho de no hallarse inscrito su nombramiento, en el Registro Mercantil, en la fecha en que tal contrato se celebró, aunque se inscribiera después. Aún desde esta perspectiva jurídica, ha de ser desestimado el presente motivo, ya que las facultades representativas de un consejero-delegado, nombrado por acuerdo social, vienen determinadas, en lo que respecta a las relaciones internas de la sociedad (de los socios entre sí y de éstos con aquélla) por dicho acuerdo social de nombramiento, legalmente adoptado y no oportunamente impugnado, cuyo acuerdo no puede ser desconocido por los socios o algunos de ellos, alegando simplemente la falta de su oportuna o sincrónica inscripción en el Registro Mercantil, alegación que únicamente queda reservada a los terceros ajenos a la sociedad que contrataron con la misma en tales condiciones y que se consideraron perjudicados por ellos, pero éste no es el caso que aquí nos ocupa, pues, precisamente, los compradores en el contrato objeto de litis, no sólo no han cuestionado las facultades representativas del consejero-delegado que, en nombre de la sociedad vendedora, con ellos contrató, sino que en este litigio, en el que también se han visto demandados, y ahora recurridos, sostienen la validez del referido contrato, al ser totalmente ajenos a las relaciones internas de dicha sociedad, con la que contrataron de buena fe y a la que pagaron el precio justo por el inmueble que le compraron.

El motivo segundo lo articulan los recurrentes en los siguientes términos: «Infracción en la sentencia recurrida de los artículos 1.290, 1.291, 1.294 y 1.295 del Código Civil. Defecto en el ejercicio de la jurisdicción. Artículo 1.692-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Después de dar por reproducido aquí todo lo que se ha dicho en el fundamento anterior acerca del defecto en el ejercicio de la jurisdicción, que los recurrentes, incidiendo en idéntico error, vuelven a denunciar (por la vía procesal correcta, eso sí) y en el que la sentencia de apelación, como ya se ha dicho, no ha incurrido, entendemos que con este motivo han querido denunciar que la sentencia recurrida, al estimar que en el presente caso no concurren los requisitos que viabilizan el éxito de la acción revocatoria o pauliana, en relación con los de la rescisoria, aplicables a aquélla, ha incidido, según los recurrentes, en infracción de los artículos que citan del Código Civil, cuyo cauce adecuado de denuncia, obviamente, es el del ordinal quinto y no el del primero. Aun entendido en el correcto sentido que acabamos de exponer, el referido motivo ha de fenecer, ya que la sentencia de apelación, como antes había hecho la de primer grado, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, considera probado que, aunque se admitiera la existencia de un crédito anterior a favor del acreedor-demandante contra la sociedad vendedora (cuya existencia tampoco consta, pues los deudores son los herederos de los fallecidos don José A. A., y no la referida sociedad), en el presente supuesto no concurren los dos requisitos que condicionan el éxito de la acción revocatoria o Pauliana, cuales son el de que el supuesto deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión (requisito de la subsidiariedad de esta acción, según los artículos 1.111 y 1.294 del Código Civil) y que la enajenación que se impugna haya sido celebrada en fraude de acreedores, cuya apreciación aprobatoria de las coincidentes sentencias de la instancia, al no haber sido desvirtuada en esta vía casacional por el cauce procesal adecuado, ha de ser mantenida incólume, ya que es doctrina uniforme y reiterada de esta Sala (Sentencias de 28 de junio de 1912, 22 de octubre de 1931, 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 31 de marzo de 1965, 9 de noviembre de 1966, 17 de marzo de

1972, 12 de junio de 1985 y 30 de enero de 1986) la de que tanto la existencia del fraude, como la realidad o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor son puras cuestiones de hecho, sometidas, a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia de la Sala de instancia, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación, a no ser que un error de hecho o de derecho demuestre la equivocación del juzgador, demostración que en este supuesto litigioso no se ha producido.

La formulación del motivo cuarto se hace por los recurrentes en los términos literales siguientes: «Infracción en la sentencia recurrida del artículo 1.253 del Código Civil. Defecto en el ejercicio de la jurisdicción. Artículo 1 692-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y número 5 de dicho precepto. Infracción del ordenamiento jurídico.» Salvando la defectuosa formulación de este motivo, en el que los recurrentes involucran lo que constituyen dos fundamentos distintos de impugnación (el del ordinal primero y el del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que tendrían que haber sido objeto de motivos separados, lo que podría haber determinado, en su momento, la inadmisión del referido motivo y que en esta fase procesal se traduce en causa de desestimación, y entendiendo, después de reiterar lo que se ha dicho en los dos fundamentos anteriores acerca del defecto en el ejercicio de la jurisdicción que vuelven a denunciar por tercera vez, entendiendo, decíamos, que el presente motivo se reduce a denunciar, por la vía procesal del ordinal quinto, que es el correcto, la infracción, por no aplicación, del artículo 1.253 del Código Civil, por entender los recurrentes que no ha sido aplicada por la Sala *a quo* la prueba de presunciones que dicho precepto arbitra, debiendo haberlo sido, según ellos, el expresado motivo ha de fenecer, ya que es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala (Sentencias de 4 de abril y 26 de junio de 1984, 14 de febrero y 30 de septiembre de 1985, 12 de junio y 27 de noviembre de 1986, 10 de febrero y 20 de noviembre de 1987, 20 de febrero y 11 de abril de 1988, entre otras) la de que no se infringe el artículo 1.253 del Código Civil por su no aplicación, pues cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas, no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones, siendo éste el supuesto objeto de litis, en el que las contestes sentencias de la instancia, teniendo en cuenta y valorando las pruebas directas obrantes en autos, han obtenido la conclusión de que en el presente caso no concurren los requisitos que condicionan el éxito de la acción revocatoria, por no haberse celebrado el contrato litigioso en fraude de acreedores ÿ por disponer el deudor de otros bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, cuya apreciación probatoria, como ya se ha dicho en el fundamento de derecho sexto, ha de ser mantenida en esta vía casacional, al no haberse evidenciado, por el cauce procesal adecuado, que la Sala de instancia haya padecido error en la obtención de la misma.

R. DE A.

PRUEBA: DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO. NO CABE UNA MERMA DEL DERECHO DE DEFENSA (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1989).

En el primer motivo del recurso, por el cauce del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha en la sentencia recurrida de

haber infringido, entre otros preceptos que también cita, el artículo 24, números 1 y 2 de la Constitución Española, expresando al desarrollo los que sin género alguno de duda son antecedentes precisos para la adecuada resolución del tema que con el motivo se plantea y que, en concreto, son los siguientes: *a)* el recurrente propuso como prueba documental privada la consistente en que se requiera a don David S. G., intendente mercantil, a fin de que aportara toda la documentación financiera, fiscal y laboral, obrante en su poder, afectante a dicho recurrente; *b)* el Juzgado de Primera Instancia por proveído de 21 de abril de 1983 admitió y declaró pertinente dicha prueba y acordó se llevara a efecto el requerimiento expresado; *c)* al folio 266 de las actuaciones originales obra la declaración como testigo de don David S G. y en el propio folio, al pie de dicha declaración, consta la diligencia del tenor literal siguiente: «En este acto presenta y se une toda la documentación que ha contrastado en su despacho en virtud del requerimiento hecho, doy fe», y al pie de dicha diligencia figuran dos firmas; *d)* en las actuaciones del Juzgado que se tienen a la vista ni antes ni después del folio dicho aparece unida la documentación que en la diligencia se dice entregada; *e)* en el escrito de conclusiones formulado por el documentado, aquí recurrente, en la que se titula «Segunda» se hace una pormenorizada referencia a los «documentos aportados a autos por don David S. G. a virtud del requerimiento que se efectuó por este Juzgado» y se analiza el valor probatorio que según su criterio ha de concederle, y *f)* en el acto de la vista del recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, se manifestó por su letrada «que en los autos faltaban los documentos que, mediante requerimiento, fueron aportados por don David S. G., solicitando que para mejor proveer se interese el Juzgado la remisión de dichos documentos».

Como puntualizó la Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1988, «es primordial tener presente que el artículo 24 de la Constitución Española ha convertido en un derecho fundamental el de utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en el que el ciudadano se vea involucrado y que este derecho, inseparable del de defensa, al haber sido constitucionalizado impone una mayor sensibilidad en relación con las normas procesales atinentes a ello», de forma que admitida una prueba e incluso practicada, cual ha sucedido en el caso de la presente controversia, según resulta con claridad de los antecedentes de hecho de relieve en el fundamento de derecho que antecede, es inadmisible que los «documentos» en que consistía y con respecto a los que hace constar en la pertinente diligencia que quedaban unidos a las actuaciones, no aparezcan en ellas en el momento procesal en que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial había de proceder a la votación y fallo de la sentencia resolutoria del recurso de apelación ante las misma entablado, por lo que dichos «documentos» que constituían una de las pruebas propuestas por el aquí recurrente en defensa de los derechos que creía le asistían, no pudieron tenerlos a la vista los componentes de la Sala al dictar su resolución y, por consiguiente, este Tribunal Supremo, entre otras razones porque, la ausencia de los citados documentos ha privado al recurrente de su indiscutible derecho de formalizar, al articular el recurso de casación, motivo o motivos fundados en lo que de su contenido se dedujera, de todo lo que claramente resulta una merma de sus derechos de defensa que el artículo 24 de nuestra Constitución prescribe y determina la procedente estimación del motivo, pues, como se aduce al desarrollarlo la Sala sentenciadora en la instancia al proceder a la votación y fallo del pleito no pudo tener a la vista la «integridad de los autos», contrariando las previsiones de los artículos 338 y 339 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, con patente indefensión para el recurrente que oportunamente pidió la subsanación de la falta.

R. DE A

SOCIEDAD DE GANANCIALES. OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR UNO DE LOS CONYUGES EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. TERCERIA DE DOMINIO (CARACTERES Y REQUISITOS) (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1989).

Para el adecuado estudio y resolución del presente recurso de casación y antes del examen particularizado de sus dos motivos, procede exponer los siguientes antecedentes de hecho: 1.° En 10 de febrero de 1984, como consecuencia de una operación de préstamo bancario, fue creada una letra de cambio a la orden de «Banca Catalana, S. A.», por importe de 4.000.000 de pesetas, y con vencimiento el 10 de agosto del mismo año, siendo su librador don José Ramón A. M. y el librado aceptante de la misma don Nadal M. S. 2.° Llegado el vencimiento de dicha cambial, no fue hecho efectivo su importe por el referido librado-aceptante, por lo que al día siguiente (11 de agosto) fue levantada la oportuna acta de protesto. 3.° Por medio de acta notarial de fecha 31 de agosto de 1984, la entidad «Banca Catalana, S. A.» notificó a don José Ramón A. M. que, al no haber sido pagada dicha letra de cambio por el aceptante de la misma, se había procedido a su protesto, haciéndosele dicha notificación, según se expresa en la referida acta, «a los efectos previstos en el artículo 517 del Código de Comercio y para conservar sus derechos en su caso, frente al notificado y requerimiento al mismo tiempo de pago», cuya diligencia notarial, por ausencia de su domicilio de don José Ramón A. M., se practicó con el vecino de éste, don Agustín M. G., a quien, por manifestar conocer al señor A., entregó el notario una cédula en sobre cerrado, con el encargo de hacerla llegar al requerido. 4.° Los esposos don José Ramón A. M. y doña Dolores Carmen O. A., que habían contraído matrimonio el día 1 de diciembre de 1976 y cuyo régimen económico-matrimonial venía siendo el supletorio de la sociedad de gananciales, el día 5 de septiembre de 1984 otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, autorizada por el notario de Valencia don Celestino Mas Alcaraz (número 1.542 de su protocolo), por lo que estipularon que el régimen económico de su matrimonio será, desde dicha fecha de otorgamiento, el de absoluta separación de bienes, procediendo en la misma escritura a la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales hasta entonces existente entre ellos y adjudicándose, en pago de sus respectivas participaciones en la misma, a la esposa doña Dolores Carmen O. A. la finca (descrita por extenso en dicha escritura) de 34 áreas 90 centiáreas, de tierra secano con algarrobos, en término de Onda, con la casa existente en dicha finca (que era el único bien inmueble integrante del patrimonio ganancial) y los muebles y enseres ubicados en el domicilio conyugal, y al esposo, don José Ramón A. M., el vehículo automóvil, marca Seat 131 ranchera, matrícula CS-1703-K y el dinero efectivo existente en cuentas corrientes (sin mencionarse las entidades bancarias o de ahorro en que las mismas estuvieran abiertas), por importe de 2.800.000 pesetas. 5.° El día 7 de septiembre de 1984, mediante demanda formulada contra don José Ramón A. M. y su esposa,

ésta a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, la entidad «Banca Catalana, S. A.» promovió juicio ejecutivo con base en la ya citada letra de cambio, en reclamación del importe de la misma, gastos de protesto y costas, en cuyo proceso, tramitado, en turno de reparto, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Castellón de la Plana (autos número 471 de 1984), se trabó embargo sobre la ya expresada finca, que fue notificado a la esposa doña Dolores Carmen O. A. y del que, en 29 de noviembre de 1984, se practicó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad número 2 de Villarreal (Castellón). 8.° Hallándose en trámite de ejecución la sentencia firme de remate recaída en dicho juicio ejecutivo y estando anunciada la subasta pública de la mencionada finca, doña Dolores Carmen O. A. promovió, ante el mismo Juzgado ya citado, juicio de tercería de dominio, con respecto a dicha finca, contra la entidad «Banca Catalana, S. A.» y contra su esposo, don José Ramón A. M., personándose solamente la aludida entidad, la que, al contestar a la demanda y oponerse a la misma, formuló reconvención contra la actora y contra el codemandado señor A., por la que postuló se decrete la rescisión, por fraude de acreedores, de las capitulaciones matrimoniales a las que ya nos hemos referido. 9.° En dicho proceso, del que dimana el presente recurso de casación, recayó sentencia del Juzgado (fecha 10 de mayo de 1986), por la que desestimó la demanda de tercería de dominio formulada por la señora O. A. y, estimando la reconvención deducida por la entidad «Banca Catalana, S. A.», decretó la rescisión, por fraude de acreedores, de las citadas capitulaciones matrimoniales, con las consecuencias registrales a ello inherentes. 10. En grado de apelación, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, mediante sentencia de fecha 2 de junio de 1987, confirmó la del Juez en el particular por el que se desestima la demanda de tercería de dominio formulada por doña Dolores Carmen O. A , cuyo pronunciamiento desestimatorio mantiene subsistente, y la revocó en el particular por el que estima la demanda de reconvención formulada por «Banca Catalana, S. A.» y, en su lugar, acuerda desestimar dicha demanda reconvencional, basando exclusivamente la Sala sentenciadora esta segunda parte de su fallo (desestimación de la reconvención) en la razón de que procesalmente no cabe la posibilidad de que un demandado (en este supuesto «Banca Catalana, S. A.») formule demanda reconvencional contra su codemandado (el señor A. M.), además de dirigirla contra la actora, como ha ocurrido en el presente acto. 11. Contra la expresada sentencia de la Audiencia, doña Dolores Carmen O. A. interpone el presente recurso de casación, que articula a través de dos motivos, con los que trata de combatir el pronunciamiento desestimatorio de la demanda de tercería de dominio, que contienen las, en este punto, contestes sentencias de la instancia.

Al tener el motivo casacional que establece y regula el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el primero de los dos utilizados por la recurrente, como finalidad institucional y teleológica la de poner de manifiesto un concreto error de hecho padecido por el juzgador en su apreciación de la prueba, error que ha de resultar evidenciado de modo claro, preciso y directo *(res ipsa loquitur)* y sin necesidad de formulación de hipótesis, deducciones y conjeturas, por un documento o documentos obrantes en autos, que no resulten contradichos por otros elementos probatorios, la previa y elemental doble exigencia (concreción del error que se dice denunciar y cita del documento que lo evidencia) que dicho motivo entraña, no aparece cumplida por la recurrente en su referido primer motivo, en cuyo desarrollo, realizado a través de unos largos apartados o capítulos, numerados del primero al sexto, lo que hace, a modo de un escrito de conclusiones propio de la instancia, es un detallado

examen y una particular valoración de toda la prueba practicada en los autos, para terminar con el apartado o capítulo último, en el que textualmente dice: «SEXTO.—Como conclusión, resulta evidente el error del Tribunal de apelación al apreciar la prueba practicada, por cuanto, como según se ha expresado detalladamente, haciendo referencia a los documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, el embargo no se debería haber practicado, por cuanto la esposa no era deudora ni el bien embargado ganancial; el señor A. no era socio de don Nadal M. S. en negocios de este último, el señor A. libró el efecto financiero que originó el juicio ejecutivo del que esta tercería trae causa, sin conocimiento ni consentimiento de su esposa y sin que hubiera afectado el buen fin del mismo bien alguno, siendo este libramiento a título gratuito y sin que en nada se beneficiara la sociedad legal de gananciales; cuando se formalizó la escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que se adjudicó a mi mandante el bien embargado, los esposos no tenían conocimiento del impago de esa letra, ni se había iniciado reclamación judicial alguna por parte de "Banca Catalana, S. A."; de las capitulaciones matrimoniales, en ningún momento, se puede inferir que fueran realizadas en fraude de acreedores.» La imposibilidad práctica, que comporta el defectuoso desarrollo de este motivo, de conocer cuál sea el concreto error de hecho en la apreciación de la prueba que la recurrente pretende denunciar y el documento o documentos que lo evidencien, sin dejar de tener presente, por otra parte, que la casación, al no ser una tercera instancia, no permite una nueva valoración de toda la prueba practicada, que es lo que, en definitiva, parece pretender la recurrente, nos lleva a mantener incólume el hecho fundamental y básico que, al objeto de la resolución de la cuestión litigiosa debatida, la Sala de instancia ha considerado probado, cual es el de que la deuda para cuyo cobro se siguió el juicio ejecutivo en el que fue embargada la finca a la que se refiere la tercería de dominio de la que dimana este recurso, fue contraida por don José A. M. en interés y beneficio de su sociedad conyugal, como consecuencia de los negocios comunes que tenía con don Nadal M. S., en cuya apreciación probatoria, obtenida a través de una valoración conjunta de toda la prueba practicada, la Sala de apelación no ha padecido error alguno, ni éste resulta evidenciado por los documentos que, con dicho objeto, parece citar la recurrente en el apartado o capítulo tercero del desarrollo del motivo, cuales son el certificado expedido por don Nadal M. S., en su calidad de gerente de «Azulejos el Castillo, S. L.» (acompañado por la demandada, aquí recurrente, con su escrito de contestación a la reconvención, como documento número uno), ni la declaración prestada en los autos, como testigo, por dicho señor, ya que ni ese llamado «certificado», que contiene una mera opinión personal del señor M S. acerca del tipo de relaciones que le unían con el señor A. M., ni la prueba testifical, son documentos idóneos para poder servir de soporte a este motivo, apareciendo, por otro lado, acreditado igualmente en los autos que la entidad «Banca Catalana, S. A.», aquí recurrida, por medio de acta notarial de 31 de agosto de 1984, notificó al señor A. M., librador de la cambial, el impago de la misma por su librado-aceptante, señor M. S., antes de que el señor A. M. y su esposa, la aquí recurrente, otorgaran sus capitulaciones matrimoniales (5 de septiembre de 1984), por las que cambiaron su régimen económico-matrimonial, que venía siendo el supletorio de la sociedad de gananciales, por el de absoluta separación de bienes y liquidaran la referida sociedad ganancial, adjudicando a la esposa, en pago de su participación en la misma, el único bien inmueble (la finca aquí litigiosa) existente en el patrimonio conyugal. Todo lo expuesto ha de producir el fenecimiento del primer motivo que hemos venido examinando.

En el segundo y último motivo, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, después de extenderse la recurrente en consideraciones acerca de que entiende que el bien embargado no es común, por lo que no considera aplicable el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que la deuda contraída, según dice, no tiene carácter ganancial y que no puede hablarse de la existencia de fraude de acreedores, al final del desarrollo de dicho motivo textualmente dice denunciar que «la sentencia recurrida ha infringido los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil, los artículos 1.392 y concordantes de dicho Código, referentes a la disolución de la sociedad legal de gananciales, así como los referidos a régimen de separación de bienes, en especial el artículo 1.437 de dicho cuerpo legal, al igual que se entienden infringidos por aplicación impropia los preceptos referentes a la rescisión de los contratos en fraude de acreedores. Al mismo tiempo se entienden infringidos por la sentencia recurrida el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y los artículos 140 y 144 de su Reglamento». La claudicación del expresado motivo es inevitable, no sólo por la mezcla que en el mismo se hace de preceptos de heterogénea y diversa naturaleza normativa, que no pueden ser involucrados en un solo y único motivo casacional, sino también, y sobre todo, por las siguientes razones: 1.º El objeto del juicio de tercería de dominio es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, teniendo indudables analogías con el ejercicio de la acción reivindicatoria, aunque no siempre puede identificársele con la misma, señalándose entre las principales diferencias juntamente la de constituir su objeto propio, no tanto la obtención o recuperación del bien, cuanto el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1984, 15 de febrero de 1985, 21 de febrero y 9 de julio de 1987, 11 de abril de 1988, entre otras), lo que, lógicamente, presupone la ineludible exigencia previa de que el demandante de tercería no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, o, lo que es lo mismo, que con relación a dicho crédito tenga la condición de tercero (sentencias de 15 de febrero de 1985, 20 de febrero y 21 de noviembre de 1987). 2.ª Los bienes gananciales responden directamente de las deudas contraídas por un cónyuge en la explotación regular de los negocios y en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (arts. 1.362-2.º y 1.365-2.º del Código Civil), siendo de esta naturaleza la deuda que, bajo el régimen de la sociedad de gananciales, contrajo el esposo de la aquí recurrente, como así lo declara probado la sentencia recurrida, cuando afirma que lo fue como consecuencia de los negocios comunes que tenía con un tercero, cuyo hecho ha de ser mantenido incólume, según se ha dicho al estudiar el motivo anterior. 3.ª La modificación del régimen económico-matrimonial, realizada constante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, como acertadamente, aunque por motivos estrictamente procesales, ha entendido la sentencia recurrida, ya que, del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1.404 del Código Civil, se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1.401 y 1.402 en relación con el 1.084, todos del Código Civil), tal responsabilidad será *ultra vires*,

todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (sentencias de 15 de febrero y 13 de junio de 1986 y 28 de abril de 1988, entre otras), sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, cuando la demanda se dirigió contra el esposo deudor y a la esposa se le notificó la existencia del proceso y la práctica del embargo, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, como ocurrió en este supuesto litigioso, pues esta Sala tiene declarado (Sentencia de 26 de septiembre de 1986) que «la locución del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la Dirección General de los Registros en el sentido de que para la salvaguarda de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes era suficiente que le fuese notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo —Resoluciones de 11, 20 y 21 de febrero de 1964 y 28 de marzo de 1969—» y que «aun para los conflictos surgidos con posterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981 sería de tener en cuenta, como apunta la Resolución del propio Centro de 28 de marzo de 1983, que la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualesquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la de responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno sólo de ellos, así como tampoco obligar el cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso cuando, aunque se vea afectado, no está obligado, ni directamente, ni como fiador», a cuya doctrina ha de agregarse, por lo que a este supuesto concreto se refiere, que cuando la entidad «Banca Catalana, S. A.» formuló su demanda de juicio ejecutivo (7 de septiembre de 1984) del que dimana la tercería de dominio a que este recurso se refiere, dirigida dicha demanda contra don José Ramón A. M. y contra su esposa, en cuanto a ésta «a los solos efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», aun se hallaba inscrita la finca litigiosa como bien ganancial, pues la inscripción de la misma a nombre de la esposa, doña Dolores Carmen O. A., como consecuencia de la modificación del régimen económico-matrimonial y disolución de la sociedad de gananciales, no tuvo lugar hasta el día 24 de septiembre de 1984. 4.ª Como también tiene ya declarado esta Sala (Sentencia de 21 de junio de 1987), en el supuesto aquí contemplado no entra en juego el principio de legitimación registral proclamado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ni el mismo obstáculo a lo anteriormente expuesto, ya que, precisamente, en garantía de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales, la ley faculta para perseguir los bienes que ostentaron tal naturaleza, aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio de régimen económico-matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva del embargo el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en los términos que hemos dicho en el apartado anterior.

R. DE A.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ACTIVIDADES MOLESTAS (NO HA LUGAR A LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1989).

La sentencia impugnada, al estimar, en parte, demanda y reconvención, viene a establecer que el demandado propietario permite y el demandado empresario ejecuta, una industria de panadería en la finca en la que tienen sus viviendas los demás copropietarios, partícipes de la Comunidad de Propietarios actora, bajo régimen de propiedad horizontal y esta industria es molesta por olores y ruidos que sufren los demás vecinos, pero dispone de licencia municipal para la actividad con las medidas correctoras que se establecen y que no se pueden llevar a cabo porque consisten principalmente en la adaptación de una chimenea preexistente, que constituye un servicio en favor del local, cuya reparación y acomodamiento no permiten los actores. Por ello, aun reconocidas las molestias y su necesaria indemnización, no se produce la resolución del negocio que permite ocupar el local, porque la situación creada no es exclusivamente imputable a los demandados.

La base de hecho de estas afirmaciones no se han combatido por el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que la Comunidad actora recurrente en casación, formula sus cuatro motivos con base en el número 5 del citado artículo.

El primer motivo alega la infracción de los artículos 4, 7 y 11 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, normas que se dicen vulneradas por la concesión de licencia, pero debe advertirse que ni se puede, en este proceso, revisar un acto administrativo, ni se ha discutido nunca en él la naturaleza molesta de la actividad de panadería, por falta de adopción de medidas correctoras, medidas que, según la sentencia impugnada, no pueden adoptarse en su totalidad por causas ajenas a la voluntad de los demandados y conducta obstructiva de los actores. Ante esta realidad la sentencia no absuelve a los demandados, a quienes condena al pago de indemnizaciones, sino que se dice, en vista de la situación y del espíritu de las normas sobre relaciones de vecindad y buena convivencia que se acogen en la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal (49/1960, de 21 de julio), no por la drástica solución que podría llevar al lanzamiento, sino por la realización de las obras necesarias para eliminar las molestias, en beneficio de todos, y dentro del plazo que, lógicamente, habrá de fijarse en la ejecución de la sentencia. Por tanto, no se puede apreciar la infracción denunciada, ni la relacionada con el artículo 7, párrafo 3.° de la Ley de Propiedad Horizontal, como pretende el motivo 2.°, pues la resolución impugnada trata de poner fin a la situación.

Tampoco puede acogerse el motivo 3.°, que alega la infracción del artículo 19 de la citada Ley, porque su finalidad, en relación con el 7.°, consiste en la corrección de la actividad molesta, no de la inmediata y definitiva cesación y esta finalidad es la que la sentencia observa, en uso de la potestad contenida en el artículo 19-1.°, párrafo final de la Ley de Propiedad Horizontal.

La situación no es, según las declaraciones de hecho de la sentencia, constitutiva de un posible abuso del derecho, sino de un incumplimiento de sus obligaciones por parte de demandante y demandados, ninguno de los cuales tiene derecho a actuar como actúa, conductas que la sentencia recurrida trata de encauzar, indudablemente por consideración a los principios que rigen las relaciones de vecindad y que se desenvuelven entre la prohibición del acto emulatorio (esencialmente perjudicial a terceros, sin beneficio para el propietario) y el

derecho al uso inocuo (que representa un beneficio para el tercero que nada perjudica al propietario), por lo que debe desestimarse el motivo 4.º que acusa la infracción del artículo 7.º-2.º del Código Civil

R. DE A.

ERROR DE HECHO (EXISTE): DAÑOS CAUSADOS EN LA ESTIBA DEFECTUOSA (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1989).

Promovida por «Viamar, S. A.», ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de San Sebastián demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra la «Entidad Española de Placas de Yeso, S. A.» (EPYSA), sobre reclamación de cantidad, con fecha 20 de julio de 1987 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado de Primera Instancia, el 13 de enero de 1987, se estimaba en parte la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que no se ha discutido la pertinencia de la reclamación contenida en la demanda por el precio del transporte desde Quinto de Ebro al Puerto de Pasajes y estiba de la carga en el buque, realizado aquél por «Transportes Carreras» y «Transaher, S. L.» y la estiba por «Algeposa»; B) Que efectuados éstos por la entidad demandada, utilizando como contratistas a otras empresas, ninguna duda ofrece la responsabilidad de la misma, como comisionista, por los daños ocasionados a la mercancía transportada, conforme a los artículos 244 y siguientes del Código de Comercio; C) Que tampoco puede ponerse en tela de juicio la compensación con el importe del precio del transporte de los daños producidos en el mismo a la carga; D) Que el problema, de mero hecho, a dilucidar es el de si los daños finales exceden de los apuntados por el «Comisariado Español Marítimo, S. A.», en el informe que emitió en su calidad de entidad privada y a instancia de la actora, y E) Que tal cuestión debe ser resuelta negativamente, tal como razona el Juez *a quo* en el fundamento 3.º de su sentencia, pues queda acreditado que éste terminaba para la entidad demandante con la estiba de la carga del buque (fundamentos 1.º y 2.º de la resolución recurrida).

El primero de los motivos del recurso se formula por error en la apreciación de la prueba, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citándose como documentos de los que se evidencia el error en la valoración de los daños imputables a la actora efectuada por la resolución recurrida con base en la certificación emitida por el Comisariado Marítimo Español, las certificaciones o conocimientos de embarque emitidos por el capitán acerca del estado y condición de recepción de las mercancías a bordo, motivo este que debe ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que partiendo de la afirmación efectuada por la resolución recurrida, que confirma la sostenida por la del Juzgado de Primera Instancia y aparece como consentida por las partes, de que la operación de estiba de la carga compete, en este caso, a la actora comisionista del transporte, quien la verificó a través de una entidad subcontratista, «Algeposa», por quien debe responder de los daños causados a la mercancía, tanto en la operación material de la misma, como aquellos que pueden provenir de su defectuosa ejecución, tal y como razona la sentencia de

apelación, el único problema a dilucidar aquí será el de determinación de los daños imputables a la estiba Segunda: Que si bien es cierto que la resolución que se recurre apoyándose en la de Primera Instancia, cuyo fundamento de derecho 3.º llega a citar, tiene en cuenta para determinar tales daños —cuya valoración remite a la fase de ejecución de sentencia— el informe pericial emitido a requerimiento de la actora por una entidad privada, el llamado Comisariado Marítimo Español, y que una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que la valoración de la prueba pericial es función que compete a la Sala de Instancia, quien la llevará a cabo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pero también lo es que, aún cuando tal medio probatorio no puede ser invalidado con base en otro de idéntica naturaleza, al que le faltaría el carácter de prueba documental que exige el ordinal 4.º del aludido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí en cambio podrá ser combatido al amparo de dicho precepto, cuando se esgrima contra el mismo una verdadera prueba documental, de la que resulta el error en la apreciación de la prueba que haya podido cometer el juzgador de instancia. Tercera: Que en el supuesto que nos ocupa, y habiendo mediado una prueba documental de tan especialísimo valor como es la de los conocimientos de embarque, a cuya específica naturaleza jurídica hace alusión la resolución de la Audiencia, aun sin obtener de la misma las conclusiones a que lógicamente aboca tal consideración, conocimientos en los que consta de manera expresa la existencia, como consecuencia de la estiba, de numerosas paletas con flejes rotos y numerosos daños a las placas de yeso producidos por las carretillas elevadoras (folio 133); que gran número de paletas se han visto golpeadas por la pala mecánica y las placas se han visto dañadas durante las operaciones de estiba, así como que algunas paletas necesitan ser trincadas y/o aseguradas para la protección de la carga —como hizo constar el capitán del buque en requerimiento hecho a la entidad responsable de la estiba— (folio 135), continuando después de dicho requerimiento la ejecución de la estiba de forma insatisfactoria —según se hizo constar en una nueva comunicación del capitán a la misma entidad— (folio 138); y, finalmente, que la avería total de la carga se cifra en 203 paletas de 4 por 12 pulgadas con 60 placas de yeso cada una; 68 paletas de 4 por 12 pulgadas con 60 placas de yeso, y 68 paletas de 4 por 8 pulgadas, con 60 placas de yeso cada una (folio 166), avería que se produjo principalmente durante la operación de carga y en mucho menor grado durante la descarga, averías estas últimas que fueron mínimas e inevitables, debido a la forma en que la carga se encontraba estibada (folio 167), resulta lógico concluir que tan concluyentes afirmaciones vertidas por el capitán del buque en el conocimiento de embarque —prueba documental de reconocida solvencia— y que no se hallan contradichas por otros elementos probatorios, alcanzan virtualidad suficiente como para evidenciar el error de hecho en la apreciación de prueba en que ha incurrido la resolución recurrida a la hora de apreciar los daños sufridos por la mercancía como consecuencia de su defectuosa estiba, por lo que, sin necesidad de proceder al estudio de los restantes motivos, debe procederse a la casación parcial de la sentencia de apelación, acordando que de la cantidad a abonar por la demandada a la actora —que no se discute— habrá de deducirse el importe de los daños ocasionados en la carga y estiba de la mercancía que se especifican en los antedichos conocimientos de embarque y que se fijarán en la ejecución de sentencia.

R. DE A.

CONTRATO DE COMPRAVENTA: DETERMINACION DEL PRECIO POR UN PROCEDIMIENTO OBJETIVO. ERROR DE HECHO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1989).

El primer motivo en que se apoya el presente recurso de casación al amparo del ordinal 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia un pretendido «error en la apreciación de la prueba basado en documento que obra en autos, que demuestra la equivocación del juzgador, sin resultar contradichas por otros elementos probatorios», argumentándose en el escrito de formalización que «las afirmaciones vertidas en la sentencia recurrida no tienen soporte probatorio alguno, antes bien contradicen documentos auténticos, así como todas y cada una de las pruebas que se han practicado, en concreto, se contradice con el documento número 6 de la demanda que, tras su reconocimiento por su autor y aceptación por todos los litigantes, debe considerarse como auténticos y cuyas conclusiones no se encuentran contradichas por ningún otro elemento probatorio». Es doctrina reiterada de esta Sala —Sentencias, entre otras muchas, de 17 y 21 de junio de 1986, 26 de junio de 1987 y 25 de enero de 1988— «que por mucha que sea la flexibilidad que después de la reforma de 6 de agosto de 1984 haya introducido el apartado 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el rigor formal de la casación, no puede llegarse a que en este recurso extraordinario el Tribunal reconsidere determinados elementos de convicción obrantes en el proceso y en la instancia ya ponderados para, con una nueva interpretación de los mismos, injustificada por no haber incurrido en ilegalidad o notoria falta de lógica la sentencia de instancia, sentar conclusiones fácticas contrarias a las de la sentencia combatida y acomodadas a la tesis de la parte recurrente que interesadamente hace aquella invocación de nueva exégesis parcial»; doctrina que lleva a la necesaria desestimación del motivo dado que el documento número 6 de la demanda, es decir, el convenio de 11 de marzo de 1982 suscrito por los litigantes ha sido examinado y valorado tanto por el Juzgado como para la Audiencia para sentar los datos fácticos en que se apoyan sus respectivas sentencias y con olvido de ello el recurrente se dedica a hacer una nueva valoración de la prueba obrante en autos, incluso del informe pericial contable emitido por el censor jurado de cuentas don Juan Alomá Laroca en 18 de mayo de 1982, cuya alegación al amparo del número 4.° del artículo 1.692 citado no puede ser tenida en cuenta ya que el concepto de documentos, a estos efectos, se limita a los recogidos en los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, aunque del desarrollo del motivo pudiera colegirse que se está atacando una prueba de presunciones llevada a cabo por la Sala de instancia, así se dice en el inciso final que «está claro que si la premisa es errónea, el resultado también lo será», tal impugnación sería desestimable por lo antes dicho, ya que no se ataca eficazmente la premisa fáctica de la presunción quedando subsistente el hecho en que se funda aquélla y tampoco se impugna por el cauce del ordinal 5.° del artículo 1.692 de la repetida Ley de Enjuiciamiento, cauce idóneo para ello, la precisión y el rigor del enlace entre ese hecho y el que se trata de demostrar.

Al amparo del número 6 (sic) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se articula el segundo motivo del recurso por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicable para resolver la cuestión objeto del debate, citando como vulnerado el artículo 1.447, párrafo segundo, del Código Civil, ya que la sentencia recurrida declara la validez del contrato litigioso no obstante haberse determinado el precio por el censor jurado de cuentas que habría de

realizar la auditoría de la sociedad y determinar con el valor teórico de las acciones vendidas. Decaído el primer motivo del recurso al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan inmutables las afirmaciones fácticas de la sentencia de instancia en orden a la existencia en el contrato de compraventa de un precio cierto que, aunque no determinado, era susceptible de serlo por el procedimiento objetivo establecido en el clausulado del contrato de 11 de marzo de 1982, así como al incumplimiento por el recurrente de su obligación de facilitar el auditor todos los documentos obrantes en su poder lo que hizo imposible llegar a la determinación del precio según las bases establecidas contractualmente, por lo que resulta incuestionable que, contrariamente a lo afirmado en el motivo, la sentencia combatida no ha infringido el artículo 1.447, párrafo segundo, del Código Civil, ya que la indeterminación del precio es sólo imputable, como dice la Sala *a quo* a «la conducta de la propia actora, quien, contraviniendo el tenor del artículo 1.258 del Código Civil, se desvió de la necesaria observancia de la lealtad y buena fe que debe presidir tanto el otorgamiento como la ejecución de los contratos», siendo así que, como establece el artículo 1.256 de nuestro primer Código Sustantivo, «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»; todo lo cual provoca el rechazo de este segundo motivo del recurso

R DE A

OBLIGACIONES A TERMINO. FIJACION DEL PLAZO POR LOS TRIBUNALES (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1989).

En el primer motivo del recurso se denuncia con base en el número 4.° del artículo 1.692 de la Ley rituaria el «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", sirviendo de fundamentación el que "la cuestión objeto de debate en esta causa gira en torno a la validez y, en su caso, interpretación de un contrato privado y suscrito entre uno de los actores, don Francisco F. A., y su hija y yerno, respectivamente, demandados y aquí recurrentes, doña Roser F. G. y don Isidro P. G. El citado documento, eje y fundamento de la controversia, es el documento que como número uno figura acompañado junto a la demanda». Este motivo no puede prevalecer, ya que si bien efectivamente el documento indicado constituye la base de la litis, lo es también de la sentencia impugnada, en la que se ha llevado a cabo un muy detenido y jurídicamente adecuado estudio del mismo por el Tribunal de apelación, para llegar al otro aspecto de la cuestión, el de su interpretación. Porque no se tiene en cuenta por quien impugna, aun cuando lo apunte en el motivo, que una cosa es el documento como tal y otra muy distinta su exégesis, a los efectos de la casación. Mas esto indicado y para dejar una vez más debidamente delimitados el ámbito y técnica de la casación, por desgracia frecuentemente demasiado olvidados por quienes acuden a ella, debe señalarse que la labor hermenéutica llevada a cabo por el Tribunal *a quo* es la adecuada, toda vez que, cual declara la sentencia recurrida, siempre con la mirada puesta en el referido documento: «Sea la devolución de un préstamo simple o mutuo, o efectividad del precio aplazado de la venta de una empresa, el único problema

serio que plantea el documento es el de determinar cuándo el reintegro ha de tener lugar; esto es, interpretar la oración gramatical "*la señora Rosario se compromete a devolver las cantidades que pueda, siempre que el negocio proporcione beneficios que lo permitan*"». Con vistas a ello, para la Sala sentenciadora la solución más correcta es la de considerar que en dicho documento se establece un plazo no esencial o de cumplimiento e incierto en el *quando*, «porque aunque en los supuestos como en los de autos no siempre es sencillo distinguir si se trata de un término o de una condición, sin embargo deviene claro que la efectividad de "la devolución dineraria no se hace depender de la mera voluntad del deudor *(cum volueris)*, sino de cuando pueda *(cum potueris)* hacerlo", de tal manera que el señor F. ni renuncia a reintegrarse del capital ni la apremia con un plazo concreto, pero obra en la conciencia de que su hija habrá de ir haciéndole reintegros parciales hasta completar la suma correspondiente; y es lógico que habiendo pasado un gran número de años sin que la obligada haya entregado cantidad alguna pueda el interesado en el cobro invocar el artículo 1.128 del Código Civil».

R. DE A.

CONTRATO DE SEGURO. MUERTE POR INFARTO DE MIOCARDIO (NO ES OBJETO DE COBERTURA). CAUSAS EXTERNAS DEL FALLECIMIENTO (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1989).

La impugnación que de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza, que rechazó la demanda interpuesta por los recurrentes contra la mercantil «Mutua General de Seguros, S. A.», absolviendo a ésta de la reclamación formulada por aquéllos como beneficiarios del seguro que, contra accidentes corporales, cubría el riesgo de muerte del padre de los demandantes, tiene lugar en el recurso, articulando cuatro motivos de casación, los tres primeros al amparo del número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando, respectivamente, infracción en lo dispuesto en el párrafo 1.° del artículo 100 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre; de los artículos 1.283 y 1.288 del Código y doctrina legal interpretada y, por último, infracción también del artículo 1.214 del propio ordenamiento sustantivo, motivo éste que es seguido del que bajo el número 4.° de aquel 1.692 de la Ley Procesal, acusa error en la apreciación de la prueba de examen lógicamente preferente, si bien que objeto de desestimación inmediata, a la vista de que, en el mismo no se pretende poner de relieve la existencia o inexistencia de un hecho o circunstancia fáctica contraria a lo negado o afirmado en la instancia, sino que se deduzca de la póliza del seguro de accidentes aportada con la demanda, de la certificación expedida por una mutua de accidentes expresiva de que el asegurado, padre de los demandantes, falleció, según el expediente instruido por la misma, de un «accidente de trabajo de carácter mortal (infarto de miocardio) el día 1 de febrero actual (1985) trabajando a las órdenes del asociado Tebarray, S. A.», y de la correspondiente certificación de defunción, contrariamente a lo concluido en la instancia, «que ha quedado acreditada la existencia de un accidente incardinado dentro de los supuestos que ampara dicha póliza de seguros», pretendiendo, como fácilmente se advierte, más que acusar la existencia de un error de hecho, obtener una declaración de

acomodo de los hechos a la previsión de la normativa contenida en la póliza, lo que, de prosperar, resolvería, sin más, todo el tema litigioso, lo cual tiene el sentido de hacer supuesto de la cuestión y es, por lo mismo, rechazable el motivo articulado con tan desmedido afán.

Reconocidos por todos los intervinientes y sentado expresamente en la instancia que el señor L. V., padre de los demandantes y asegurado de accidentes corporales individuales por la compañía demandada, falleció repentinamente en su lugar de trabajo a consecuencia de un infarto de miocardio, la negativa del Tribunal de instancia a admitir que tal hecho, en la escueta formulación dicha, encuentre adecuado encaje en la normativa del artículo 100 de la Ley 50/1980 y en la que integra el condicionado de la póliza suscrita que expresamente se remite a aquel precepto, desde el estricto ámbito civil —al amparo de la relación laboral existente y de la consideración que como accidente de esta naturaleza pueda merecer— como pretende el recurrente (motivo primero), con apoyo en la Sentencia de esta Sala que especialmente subraya de 7 de abril de 1986, encuentra su más firme base, expuesta con todo rigor en el segundo Considerando de la sentencia impugnada; de una parte, en que, además de la diferente descripción que de los accidentes cubiertos se contiene en la normativa privada que rige en uno y otro caso, es patente que mientras en el antecedente jurisprudencial invocado se contempla la existencia de un ataque cardíaco «que tuvo como casua inmediata, pericialmente apreciada, la fuerte tensión emocional e intensificación de actividad de la víctima en el desarrollo de tareas propias de su contenido profesional de Jefe de personal de la empresa...», en este otro se acusa «la carencia absoluta de la prueba de la violencia moral desencadenante de una situación extrema de estrés productora de infarto y este de la muerte...», ya que «ni se ha intentado probar siquiera alguna cosa, no física, dotada de los repetidos caracteres (se refiere a los de externa, súbita y violenta del artículo 100 de la Ley 50/1980)», lo que comporta una diversificación de situaciones que hacen inasimilable el caso actual al de aquella sentencia y, por tanto, inestimable el primero de los motivos de recurso al que sigue, con no mejor fortuna, el articulado en segundo lugar, ya que, además de que la interpretación de las cláusulas del contrato es cometido propio del juzgador de instancia, no censurable en casación salvo que se revele ilógico, desorbitado o con infracción de alguna norma de interpretación de obligada observancia (Sentencias de 12 y 25 de mayo de 1987, y las en ellas citadas), lo que está bien lejos del caso aquí enjuiciado, es importante resaltar que descansando la vioabilidad de la pretensión indemnizatoria de los demandantes no sobre la afirmación infarto-accidente laboral y, sin más, accidente corporal cubierto por la póliza suscrita por la entidad demandada, sino sobre el acreditamiento de que, en la constelación de causas —en gran medida concurrentes en el infarto de miocardio, estuvo presente, en el hecho concreto litigioso, una causa externa, como quiere el artículo 100 de la Ley 50/1980, determinando su desencadenamiento (Sentencia citada de 7 de abril de 1986 y 22 de junio de 1988), acreditamiento que no ha tenido lugar, y que es, indudablemente, cometido del que reclama la indemnización, lo que hace decaer también el tercero de los motivos del recurso en denuncia de infracción del artículo 1.214 del Código Civil), ya que la concurrencia de aquel factor externo no es indispensable ni, por tanto, cabe suponerlo en el infarto, conceptuado, según la ciencia médica generalmente aceptada, como un evento entre los más importantes de la cardiopatía isquémica, esto es, como un gran síndrome clínico de una enfermedad subyacente.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLE NO EDIFICABLE. DOLO POR OMISION. ERROR EXCUSABLE. ACCION DE ANULACION: PLAZO DE PRESCRIPCION E INTERRUPCION POR JUICIO EJECUTIVO PREVIO (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1989).

Todos los motivos del recurso de casación objeto de estas actuaciones se amparan en el número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por tanto ello significa que esta Sala ha de partir de los hechos que la sentencia recurrida considera probados, hechos que esencialmente consisten en: *a)* La demanda presentada por don Rubén T. y esposa solicita se declare nulo de pleno derecho, por vicio del consentimiento del mismo como comprador, el contrato de adquisición de un bien inmueble que se hizo constar en escritura pública de 4 de noviembre de 1980, con obligación de las partes de devolverse las prestaciones realizadas; subsidiariamente realiza otra petición sobre la que no se ha discutido en este recurso extraordinario; *b)* el objeto de la venta fue una parcela de 1.804 metros cuadrados de extensión por el precio de 4.150.000 pesetas, que incluía lo en ella edificado (caseta y pérgola en estado semirruinoso, vallado, bodega, aljibe y pozo); *c)* según dictámenes periciales apreciados, por la Sala *a quo* el valor como predio rústico de tal parcela era de 180.000 pesetas, y con las edificaciones citadas alcanza la suma de 1.130.000 pesetas; *d)* Aprecia también la sentencia recurrida que la existencia de esas edificaciones fue lo que llevó a la convicción al comprador, ahora recurrido, de que el terreno que compraba era reglamentariamente apto para la edificación de una vivienda; *e)* consta que el terreno de referencia había sido declarado con anterioridad al contrato zona verde, circunstancia que el vendedor actual recurrente silenció al celebrar el contrato, y no puso en conocimiento del comprador el destino urbanístico que afectaba al terreno en cuestión; ese silencio de los vendedores, según apreciación de ambas sentencias de instancia, fue lo que determinó el consentimiento del comprador a la adquisición, pudiendo racionalmente presumirse que de no existir ese comportamiento del vendedor, el comprador no hubiera efectuado la operación o no hubiera pagado un precio excesivo sabiendo los vendedores que el precio que se pagaba lo era en la creencia de que se podía edificar en dicho terreno; *f)* en consecuencia, ambas sentencias de instancia en forma conteste estimaron la petición principal de la demanda de declarar la nulidad del contrato de compraventa y, por tanto, no entraron a resolver la petición formulada con carácter subsidiario.

Frente a los expuestos hechos y apreciación de la prueba verificada por el Tribunal de apelación, el primer motivo se acoge, como ya se dice, igual que los demás, al número 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «al haberse infringido, en el concepto de violación, el artículo 1.253 del Código Civil, deduciendo la existencia del error en el comprador de la finca, exista el enlace lógico y preciso que dicho precepto exige». No es sólo la existencia de las edificaciones semirruinosas lo que indujo a la Sala de apelación a declarar el error del comprador, sino además otros hechos que la sentencia señala y que son la creencia inexacta de que dicho terreno era apto para la edificación legal, que constituyó el motivo principal del negocio; además, que el valor pagado —más de cuatro millones— excedía en mucho del valor que tenía como predio rústico —180.000 pesetas— en forma muy notable, aun incluyendo el valor de tales edificaciones. Estos hechos básicos, completamente acreditados como exige el artículo 1.249 del Código Civil, son aptos sin duda para extraer de ellos la deducción lógica de que, de haber conocido la prohibición de edificar, el comprador no

hubiera adquirido el terreno o no hubiera dado por él un precio excesivo; llegándose a la conclusión que el error a que fue inducido fue la única razón de haber celebrado el contrato. Hay, en definitiva, un enlace preciso y directo, según establece el artículo 1.253 del Código Civil, entre las circunstancias fácticas del terreno objeto de la venta, probadas, y la conclusión que de las mismas indujeron al comprador a error por no habérsele oportunamente informado de ellas, llegando mediante ese error a la nulidad del contrato, a través de los artículos 1.261, número 1, y 1.265, ambos del Código Civil; debiendo, por todo ello, ser desestimado este motivo.

El segundo de los motivos acusa la «infracción por el concepto de aplicación indebida de los artículos 1.269 y 1.270 del Código Civil, y la violación de la doctrina legal establecida en las sentencias que cita, en el sentido de que el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue». La desestimación de este motivo se impone igualmente; en primer lugar, porque, según reiterada jurisprudencia, la apreciación de los hechos en que el dolo se funda es punto de hecho que es exclusivo del Tribunal sentenciador, por deducirse de la valoración de cualquier clase de pruebas directas o indirectas; por lo que para que prospere la alegación de inexistencia del vicio es preciso demostrar el error del Juzgador por el cauce del número 4.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obstante, el concepto del dolo puede considerarse una calificación jurídica; calificación que esta Sala de casación asume sobre la base de los hechos no impugnados por el cauce debido, entendiendo que efectivamente la conducta del vendedor hay que considerarla dolosa, aunque no tuviera conciencia de que con su silencio causa daño a la otra parte, y menos es necesario que el contratante doloso tenga intención de proporcionarse para sí o para un tercero ciertas ventajas o beneficios de carácter patrimonial; lo que no obsta a que se halle una conducta dolosa en el callar consciente o en otra conducta concluyente cuando preexista, como en este caso, un deber u obligación de verificar una comunicación o declaración según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico. Máxime cuando el artículo 62 de la vigente Ley del Suelo y Ordenación Urbana impone al que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el plan, o edificios o industrias fuera de ordenación, «la obligación de hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación», deber éste no sólo inexcusable e imperativo para el actual recurrente, sino que sorprendentemente en su recurso pretende echar sobre su contraparte. De todo ello deriva, sin duda, que no hubo infracción alguna cometida por la sentencia impugnada de los preceptos legales invocados en este motivo, sino cumplimiento estricto de los mismos; lo que acarrea el decaimiento de aquél.

El tercero de los motivos vuelve a alegar la infracción del artículo 1.265 y añade la del 1.266 y jurisprudencia que cita. De lo expuesto en los fundamentos de derecho que anteceden se deduce ya la desestimación de este motivo. Las circunstancias fácticas que han servido de base a la sentencia recurrida indujeron a error al ahora recurrido para concertar la venta cuya nulidad declara el fallo de aquella sentencia; circunstancias puestas de relieve en el primero de los mismos fundamentos; y las mismas circunstancias, en las que se incluye el silencio consciente del vendedor acerca de la situación urbanística del predio, que él conocía pero no el comprador; el que confiaba, dadas las edificaciones que había en él, en poder construir otras nuevas; todo ello señala suficientemente que la diligencia que utilizó el comprador fue la normal, dadas aquellas circunstancias de tiempo y lugar sin que se le pueda acusar al respecto de incurrir en conducta

culposa a tenor del artículo 1.104 del Código Civil. De ahí que, como ha declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de 1 de marzo y 25 de mayo de 1983), hay error si se compra una parcela para construir y luego resulta que esto no era posible por impedirlo la normativa urbanística; error que existe si la cosa objeto del contrato carece de las condiciones requeridas y que se le atribuyeron. Sin que al respecto se pueda tener en cuenta hechos distintos de los probados, que el recurso refiere en este motivo; dado que, como ya se deja indicado, los hechos básicos del fallo recurrido no han sido impugnados debidamente en este recurso, ni puede atenderse a hechos que la parte recurrente extrae sin más arbitrio que sus intereses lógicamente parciales.

Por último, el motivo cuarto acusa la infracción «en el concepto de violación del artículo 1.301 y en el de indebida aplicación del artículo 1.973, ambos del Código Civil, no declarando prescrita la acción de anulabilidad ejercitada por el demandante» Este motivo debe también decaer, por no atenerse tampoco a los hechos que sirvieron de base a la sentencia recurrida. En efecto, el artículo 1.301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, lo que no puede predicarse ciertamente del supuesto en que se siguió un juicio ejecutivo con anterioridad al juicio declarativo de que este recurso proviene y cuando éste se inició, como demuestra el razonamiento de la sentencia de instancia, no había transcurrido los cuatro años de duración de la acción de nulidad, puesto que anteriormente el plazo prescriptivo había quedado interrumpido por la intervención del actual recorrido en el dicho juicio ejecutivo ejercitando la oposición que la ley confiere al ejecutado, actuación que no puede menos de considerarse medio legal de interrupción de la prescripción, incluido en el ejercicio de la acción ante los Tribunales, considerado en el artículo 1.973 del Código Civil. Lo que excluye, evidentemente, la infracción en el caso ahora contemplado de los preceptos legales invocados al principio de este cuarto y último motivo.

R. DE A.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DEMANDA DIRIGIDA CONTRA COMUNIDAD DE ESTE CARACTER Y SENTENCIA QUE CONDENA A LOS MIEMBROS DE UNA COMUNIDAD DE BIENES (NO EXISTE INCONGRUENCIA). EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO NOTARIAL (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1989).

Procede el estudio conjunto de los tres primeros motivos por la íntima conexión que guardan entre sí. El primero, por la vía del ordinal 3.°, denuncia «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al incidir la resolución recurrida en incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, con infracción del artículo 359 de la Ley procesal». En el segundo, por la misma vía que el anterior, se reitera el quebrantamiento de las normas que rigen los actos y

garantías procesales, habiéndose producido indefensión, con la consiguiente infracción del artículo 24.1 de la Constitución. Y el tercero, amparado en el número quinto, invoca infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, específicamente la aplicación de la doctrina sobre el litis consorcio pasivo necesario.

El argumento que, en definitiva, esgrimen los recurrentes es que «dirigida la demanda en forma indudable, terminante y clara contra una comunidad de propiedad horizontal, a la que, como tal, se demanda en la persona de su presidente o representante legal y contra la que expresa y específicamente se pide en el suplico una declaración de incumplimiento de contrato y una condena, no se puede, por el principio de congruencia, aspecto del más amplio de rogación, como hace la sentencia recurrida, condenar a los individuos integrantes de una comunidad ordinaria de bienes, contra los que, como tales individuos no se ha dirigido la demanda». De ahí la falta de litis consorcio pasivo necesario y la consiguiente indefensión.

Aunque resulta obligado reconocer que la resolución recurrida es un tanto imprecisa en sus argumentos y expresiones, no puede olvidarse que la casación se da contra el fallo y no contra los razonamientos de la sentencia. Por consiguiente, lo que importa examinar es si la relación jurídica procesal de las partes en el proceso quedó o no correctamente establecida y si el fallo se ajusta a la esencia de lo solicitado. A tal efecto conviene precisar los siguientes extremos:

En escritura pública otorgada por don Lorenzo I. C. el 22 de noviembre de 1981 (folio 124), éste declara «su decisión de reunir un grupo de personas, las cuales *en régimen de comunidad de propietarios y bajo la administración y gerencia del propio concurrente,* asuman los siguientes objetivos: adquisición de un solar..., construcción en él de hasta ochenta viviendas de protección oficial..., la designación de tal comunidad bajo el nombre de Ordesa I, *con domicilio* provisional en el propio del Letrado señor I... La comunidad se rige, en lo no estipulado especialmente con los artículos 392 y siguientes del Código Civil, *en relación con lo dispuesto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal...,* se designa a don Lorenzo I. C. *Administrador-gerente de la comunidad del Edificio Ordesa. Dicha designación es con carácter irrevocable y su vigencia se extiende hasta la fecha de entrega de las llaves de las viviendas y locales del edificio en proyecto*». Tras detallar las numerosas y muy importantes facultades conferidas al citado gerente, para actuar «*en nombre y representación de la comunidad en su conjunto o de cada uno de los comuneros*», concluye: «Actuar, en fin, con *plenos poderes* y con la diligencia de un buen padre de familia, y *facultades tan amplias y bastantes como preciso fuera,* como Letrado y *administrador gerente de la comunidad Ordesa y de cada uno de los miembros de la misma, hasta la consecución de los objetivos comunales*».

En escritura pública otorgada el 3 de agosto de 1984 por don Lorenzo I. C., interviniendo por sí y en representación de cada uno de los señores que se expresan (la totalidad de quienes se adhirieron a la escritura de 22 de noviembre de 1982), manifiesta: «que de conformidad con lo establecido en *Ley de Propiedad Horizontal,* el compareciente, por sí y con *el carácter y facultades que ostenta, divide ahora, horizontalmente, para cuando esté terminada la construcción,* el edificio aquí descrito, distribuyéndolo en los locales y pisos que a continuación se expresa con sus anexos y que adjudicados en la forma que se dirá, constituirán en lo sucesivo fincas independientes, como viviendas de protección oficial destinadas a uso propio y domicilio habitual y permanente de su titular. Con las

anteriores adjudicaciones, los respectivos adjudicatarios, presentes y representados, se dan por satisfechos y pagados de todos cuantos derechos pudieran corresponderles en la extinguida comunidad del inmueble dividido. Como consecuencia de la adjudicación... este edificio *se regirá por las disposiciones contenidas en la Ley de 21 de julio de 1960*»

De lo expuesto se deduce con claridad que la intención de quien otorgó la escritura de 22 de noviembre de 1982 y la de las personas que a la misma se adhirieron no fue otra que la de constituir una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, como lo evidencia el hecho de otorgarse la escritura de compra del solar el día 31 de julio de 1984 (folio 152), y tres días después, el 3 de agosto siguiente, la de división horizontal del edificio en construcción.

Como enseña la doctrina más autorizada, la constitución de propiedad horizontal no implica división de la finca edificada, en estado de edificación o meramente proyectada, sino su sujeción y sometimiento de la propiedad de la misma al régimen específico de propiedad horizontal. Por consiguiente, la expresión «divide ahora horizontalmente para cuando esté terminada la construcción» no implica un aplazamiento del día en que haya de comenzar a regir el régimen de propiedad horizontal, sino una fórmula de estilo innecesariamente usada en aquellas escrituras en las que no se divide un edificio ya construido, sino simplemente comenzado o proyectado, pero sin que la aludida cláusula tenga la relevancia que intentaron asignarle quienes se opusieron a la demanda, con el propósito de hacer fracasar la acción ejercitada alegando la falta de legitimación pasiva de una comunidad en régimen de propiedad horizontal que, según ellos, no había llegado a nacer, argumento insostenible, dado que en la manifestación segunda de la escritura fundacional de 22 de noviembre de 1982 se expresa que «la comunidad se rige, en lo no estipulado especialmente, por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, *en relación con lo dispuesto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, y en lo relativo a Viviendas de Protección Oficial*, según Real Decreto-ley 2419/1978 y disposiciones complementarias y modificativas». Insistiendo sobre lo ya dicho, es obligado concluir que los actos coetáneos y posteriores de quienes integraron la «*COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO ORDESA I*» (así designada en la cláusula primera de la repetida escritura fundacional) prueban inequívocamente que la intención de las partes fue la de someter ésta *ab initio* al régimen de propiedad horizontal.

Unos dos años después de otorgada e inscrita en el Registro de la Propiedad la ya citada escritura de división horizontal, la actora interpuso demanda «*contra la comunidad de propietarios del Edificio Ordesa I, en la persona de su presidente o legal representante*». Tal designación del ente comunitario es correcta dado que la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación, arbitró la fórmula de otorgar al presidente de tales comunidades, carentes de personalidad jurídica, la representación de éstas en juicio y fuera de él. Como tiene declarado esta Sala, la actuación representativa del presidente de la comunidad de propietarios lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él, representación que no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, como la orgánica, en cuya virtud, la voluntad del presidente, frente al exterior, vale como voluntad de la comunidad (Sentencias de 19 de junio de 1965, 3 de octubre y 13 de diciembre de 1979, 10 de junio de 1981, 26 de mayo de 1982, 5 de marzo de 1983, 9 de enero y 29 de mayo de 1984, 16 de febrero de 1985, 27 de noviembre de 1986, 25 de mayo de 1987, etc.).

Frente a esa demanda, era obligada la personación del presidente de la comu-

nidad de propietarios, cargo que por designación expresa de los integrantes de ésta ostentaba don Lorenzo I. C., con la denominación de «*Administrador gerente*», con carácter irrevocable y cuyo plazo de vigencia no terminaba «hasta la conclusión de los objetivos comunales» (folio 140).

Sin embargo, con el decidido y reprochable propósito de hacer fracasar la acción ejercitada, quienes se personan en autos son tan sólo cuatro de entre las más de cien personas que integran la tan repetida comunidad de propietarios, aduciendo actuar «*a título personal y asimismo en beneficio de las demás personas que constituyen o integran la comunidad proindiviso de bienes conocida por comunidad de propietarios del Edificio Ordesa I*», y así, alegando la existencia de una comunidad de bienes y ocultando maliciosamente la real de comunidad de propietarios, inscrita en el Registro de la Propiedad, plantean la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, con el único objetivo de que, caso de prosperar la excepción, a todos beneficiaría, mientras que si ésta es desestimada y se produce la condena, a ninguno perjudicaría ésta, lo que constituye un fraude de ley, que según reiterada jurisprudencia descansa básica y fundamentalmente en la existencia de una conducta con apariencia de licitud, que posibilite, al amparo de una norma legal vigente, obtener un resultado o un beneficio no debido ni pretendido por la norma legal a la que se acogió, procediendo anómala e irregularmente.

De acuerdo con inequívoca doctrina jurisprudencial, la congruencia ha de contemplarse en función del ajuste entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que las partes han formulado sus contraposiciones, por lo que la sentencia recurrida no puede tildarse de incongruente, pues estando la demanda formulada contra la «COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO ORDESA I» (inscrita como tal en el Registro de la Propiedad) en la persona de su Presidente o representante legal, cuya premeditada rebeldía no puede impedir la prosecución del proceso, y desvirtuada la excepción de litis consorcio pasivo necesario implícitamente al ser estimada la demanda, es incuestionable que la condena contenida en el fallo ha de entenderse dirigida contra dicha COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO ORDESA I, o lo que es igual, contra los miembros que la integran, extremo que el Tribunal *a quo* debió precisar al serle solicitada la aclaración por los hoy recurrentes, aun cuando estimase que tal aclaración era superflua dada la identidad de personas que integraban la supuesta comunidad de bienes y la que fue demandada, como comunidad de propietarios del Edificio Ordesa I, sometida al régimen de propiedad horizontal

Como obligada consecuencia de todo cuanto queda expuesto, procede la desestimación de los motivos primero, segundo y tercero conjuntamente examinados.

Igual rechazo merece el motivo cuarto, en el que por la vía del número 4.° se denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en los autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichas por otros elementos probatorios, consistiendo los referidos documentos en los requerimientos notariales que obran a los folios 98-99 y 100-105. En primer lugar, la garantía de la fe pública de los citados instrumentos notariales no concede el privilegio de la veracidad intrínseca o material a todo su contenido (salvo su otorgamiento y su fecha respecto a terceros), puesto que el contenido de las declaraciones de los otorgantes puede ser enervado por otras pruebas (Sentencias de 9 de diciembre de 1981, 15 de febrero de 1982, 26 de febrero y 26 de diciembre de 1983, 3 de octubre de 1987, etc.). En segundo lugar, porque, como también tiene reiterado esta Sala, frente a las conclusiones fácticas a que

llega el Tribunal de instancia a través del conjunto de la prueba, no es correcto, en trámite de casación, desarticular aquélla para apoyarse en documentos aislados que ya fueron examinados por la Sala y tenidos en cuenta para formar juicio de los hechos en relación con la totalidad de las pruebas aportadas (Sentencias de 5 y 10 de junio y 21 de diciembre de 1981, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1982, 1 de diciembre de 1986, 19 de enero de 1987, 27 de enero y 29 de febrero de 1988).

R. DE A.

GANANCIALES; VENTA EFECTUADA POR EL CONYUGE SUPERSTITE, ANTES DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1989).

Promovida por doña Ana V. M y don Sandalio S. G. ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña María Consuelo y doña Amparo E. F., sobre elevación a escritura pública de contrato privado, con fecha 8 de julio de 1987 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 18 de septiembre de 1986, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones fácticas: A) Que el vendedor de la finca a que se refiere el presente pleito —don Manuel E L.—, padre de las demandadas, estaba casado en régimen de gananciales con su esposa, doña Consuelo F. F., quien falleció el 24 de septiembre de 1972. B) Que la finca objeto de autos fue comprada por esta última en escritura pública de fecha 22 de marzo de 1969, con asistencia de su esposo, a efectos de adquirir ella la nuda propiedad y sus padres el usufructo. C) Dado que no se consigna en aquel documento que el bien se adquiriese con dinero propio de la mujer, prevalece la presunción de ganancial del inmueble. D) La venta del inmueble ganancial fue realizada por el padre de las demandadas el 19 de febrero de 1973, habiendo fallecido la esposa y madre de las demandadas el 24 de septiembre de 1972, sin que conste que en ese interín se realizase liquidación alguna del régimen económico (fundamento segundo de la resolución del Juzgado, expresamente aceptada por la apelación). E) El piso adquirido por el señor E. en febrero de 1969 en nuda propiedad junto con su esposa, doña Consuelo F., se hallaba inscrito como bien ganancial (fundamento tercero de la resolución recurrida).

El primero de los dos motivos en que se basa el recurso se ampara en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del artículo 164 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, que lo reformó, pero que —según alega el recurrente— resultaba aplicable, atendida la fecha de otorgamiento del documento privado de venta, de 19 de febrero de 1973, en relación con el 1.259 y el 1.261, número 1 del mismo Código, motivo éste que deberá ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera: Dada la fecha de otorgamiento del documento privado de compraventa del piso de referencia —19 de febrero de 1973— es aplicable la legislación entonces vigente, constituida por el antiguo artículo 164 del Código Civil, a cuyo tenor el padre o la madre, en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo

en que les corresponde el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio. Segunda: Que en interpretación de las disposiciones aludidas es doctrina de esta Sala la de que, tratándose de un patrimonio común de los cónyuges en que durante el matrimonio está normalmente representado por el marido, al disolverse la comunidad se transforma y cesa la representación legal aludida, y el marido ya carece de capacidad para enajenar los bienes que lo integran, incluso la mitad que *pro indiviso* le corresponde, hasta que, practicada la liquidación, su propiedad se individualiza, sin que pueda admitirse que, por no practicarse esa liquidación, se ignora o no que existen gananciales, lo que conduciría al absurdo de conceder al cónyuge viudo una facultad de disposisión de todos los bienes (Sentencia de 4 de febrero de 1965), pues al disolverse la sociedad conyugal y quedar el patrimonio de la misma en situación de comunidad perteneciente al cónyuge supérstite y a los herederos del cónyuge premuerto, todos los bienes integrantes de la comunidad ganancial se ponen en estado de liquidación, y, mientras ésta no se efectúa, los actos dispositivos de bienes concretos o singulares han de hacerse por todos los interesados, por lo que, si la venta se hace por un solo de los partícipes, su impugnación puede hacerla cualquiera de los mismos en beneficio de todos (Sentencia de 8 de marzo de 1965). Tercera: Que en el supuesto que nos ocupa, admitido por la resolución recurrida, tanto el carácter ganancial del bien inmueble objeto de la litis, así como su enajenación por el marido y padre de las demandadas una vez que su esposa había fallecido, sin que se hubiese procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales, obvio es que el vendedor carecía de la necesaria capacidad para su venta, por no haber solicitado y obtenido del Juez, la autorización para su venta, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anotada, puede impugnarse tal enajenación por los herederos, que es lo que cabalmente ha sucedido en esta litis, en la que, demandadas las hijas herederas de su madre, doña Consuelo F. F., se han opuesto a la elevación a escritura pública de una venta de inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales de la difunta madre, verificada por su padre, sin capacidad suficiente para vender, todo lo cual debe llevarnos a la estimación de este primer motivo.

R. DE A.

JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIONES OPONIBLES EN EL POSTERIOR JUICIO DECLARATIVO. INCONGRUENCIA (NO EXISTE). SUBROGACION POR PAGO (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1989).

Promovida por don Benigno G. A. ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Oviedo demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Ramón A. B., don Manuel L. P. y contra doña Teresita F. U., sobre nulidad de juicio ejecutivo, con fecha 10 de febrero de 1987 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado de Primera Instancia el 15 de enero de 1986, se desestimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que en el procedimiento ejecutivo se discutió, precisamente, la misma cuestión que sirvió

de base al juicio declarativo, cual era el carácter o representación con que actuaba el actor recurrente, entonces ejecutado, pidiéndose, además, la nulidad del juicio, por no ser exigible la cantidad cambiaria que entonces le era reclamada y afirmando que la deuda era de la sociedad anónima «Olijor», de la que el actor era representante y por tanto no tenía porqué abonarla. B) Que sí es cierto que existe un documento privado suscrito por el actor, en cuanto representante de «Olijor, S. A.», y por los demandados, en el que la citada sociedad reconocía la existencia de la deuda y se comprometía a pagarla mediante una cambial, no lo es menos que existe otro documento, también perfectamente válido, cual es la letra de cambio, en donde el actor aparece como librado y aceptante en propio nombre de la deuda social. C) Que por el pago de la letra de cambio se produjo la transmisión del crédito al actor, que ostenta ahora la posición de acreedor frente a la sociedad.

El primero de los motivos del recurso se ampara en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, alegando que en el escrito rector de la demanda inicial se plantea como cuestión a resolver la eficacia jurídica del contrato de 27 de enero de 1983, y, en definitiva, la incidencia que el mismo pudiera tener en la sentencia de remate, cuestión ésta que —se dice— no fue tratada en la sentencia recurrida, y debe decaer este primer motivo, porque siendo la congruencia una necesaria relación entre los pedimentos de los escritos alegatorios y el fallo de la resolución que pone fin al procedimiento, es obvio que no puede estimarse que la misma falte en el supuesto que nos ocupa, en el que, si bien es cierto que por el actor hoy recurrente se formularon como pedimentos C, D y E varios extremos relativos al aludido documento de 27 de enero de 1983, también lo es que en la resolución que se recurre, tras de aceptar la validez del mismo, se razona la existencia de otro posterior, la letra de cambio, cuyo abono por el actor supuso un pago por subrogación y dio lugar a la transmisión del crédito en favor del mismo, como consecuencia de todo lo cual la Audiencia Territorial, en su sentencia, concluyó la desestimación de tales pedimentos, por lo que, en modo alguno, puede sostenerse que se omitiese tratar y resolver los mismos, debiendo, en su consecuencia, estimarse que no se produjo el vicio de incongruencia que se denuncia y que procede rechazar este primer motivo.

No mejor fortuna habrá de alcanzar el motivo segundo, que por la vía del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y demuestran —dice el recurrente— la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, señalándose como tal el repetido documento de 27 de enero de 1983, motivo que no parece tener en cuenta que la resolución de la Audiencia Territorial de Oviedo, aun admitiendo —repetimos una vez más— la validez de tal documento, valora sin embargo la existencia e idéntica validez de otro elemento probatorio, el de la letra de cambio, que le lleva a conclusiones distintas a las pretendidas por el actor recurrente, sin que por ello pueda pretenderse la existencia de un error de hecho, sino una valoración conjunta de la prueba documental que arroje resultados diferentes a los pretendidos por el recurrente, lo que en modo alguno puede conducir a la estimación de este segundo motivo.

Finalmente, el tercero, se apoya en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, señalándose como

tales, por una parte, las que llama reguladoras o de contenido, entre las que cita los artículos 1.691, 1.214, 1.225, 1.249, 1.254, 1.255, 1.278, 1.281 y 1.282, así como los demás, los concordantes del Código Civil, pretendiendo con ello combatir la conclusión a que llega la Sala de apelación de que el actor, al abonar la letra de cambio girada a su nombre, se subrogó en el crédito contra la entidad «Olijor, S. A.», y, por otra, las que denomina normas de Derecho procesal, que preceden los artículos 578.3 °, 602, 608.1.° y 3.°, 1.464, 1.465 y 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de cuya pretendida violación se intenta atacar la apreciación de la teoría de la cosa juzgada que la Sala aplica a la sentencia recaída en el juicio ejecutivo, submotivos ambos que deben ser rechazados de consuno, en atención a las siguientes razones: Primera: Que es doctrina de esta Sala la de que el juicio ordinario que se reserva a las partes después del ejecutivo está limitado a dilucidar las cuestiones de fondo relacionadas con el cotrato causal, pero sin que puedan reproducirse en él las excepciones que pudieron alegarse y resolverse definitivamente en el ejecutivo, constituyendo requisito indispensable para que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo produzcan la excepción de cosa juzgada en el ordinario promovido posteriormente, que en ellas haya abordado el órgano jurisdiccional en toda su amplitud la cuestión jurídica de fondo, a fin de dejarla resuelta definitivamente, pese a la naturaleza sumario de aquellos juicios (Sentencias de 5 de mayo de 1967 y 8 de junio de 1969); que es evidente que en el espíritu del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está comprendido conceder medios de defensa a quien no ha podido esgrimirlos en el procedimiento sumario por causas ajenas a su voluntad, pudiendo plantearse en el procedimiento plenario, no sólo las cuestiones de fondo, sino también las de procedimiento que se les vedó plantear, pues con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala no pueden volverse a reproducir en el procedimiento declarativo los defectos o faltas del título ni las excepciones que entran en el ámbito de lo que es materia del juicio ejecutivo, las que por producirse respecto a lo que sobre ellas fue resuelto y produjo excepción de cosa juzgada dan plena firmeza a la sentencia, siempre que en ella el órgano jurisdiccional haya abordado en toda su amplitud la cuestión jurídica de fondo, a fin de dejarla resuelta definitivamente, pese a la naturaleza sumaria de aquel juicio (Sentencias de 13 de abril de 1973 y 6 de octubre de 1977). Segunda: Que si se tiene en cuenta que, como acertadamente razona la resolución recurrida, se plantearon en el juicio plenario las mismas excepciones que ya fueron esgrimidas y resueltas en el juicio ejecutivo, pese a la prohibición de hacerlo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anotada, lógico es concluir que la única cuestión a resolver en el presente sería la de fondo, respecto de la cual debe entenderse correcta la conclusión a que llega la Sala de Instancia que, partiendo de la existencia de una letra de cambio, en la que el actor hoy recurrente aparece como librado y aceptante en propio nombre de la deuda hasta entonces social, entiende que se produjo un cambio de posición jurídica en el lado pasivo de la obligación, aceptado como lo fue por el acreedor, que se aprovechó de él al ejecutar la letra y que se tradujo en un verdadero pago por subrogación, que transmitió al actor el crédito hasta entonces en favor de los demandados, adoptando aquél la postura de éstos frente a la sociedad, razones todas ellas por las que procede la expresa desestimación de este tercer motivo.

R. DE A.

PERMUTA DE TERRENO POR PARTE DE LO EDIFICADO: SIMULACION. CLAUSULA RESOLUTORIA. DAÑOS Y PERJUICIOS (NO SE HAN PROBADO). ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1989).

Constituyen elementos pacíficos, de los que ha de participarse para la resolución del presente recurso, al ser admitidos por los litigantes, los siguientes: Primero: El 28 de noviembre de 1974, don Ignacio y don Luis B. S. celebraron con «Inmobiliaria del Mare Nóstrum, S. A.» (Inmanosa), un contrato privado, que denominaron de permuta, por el cual aquéllos transmitían a ésta unos terrenos sobre los que habría de edificar, hecho lo cual y concluidas las obras en el plazo de veintisiete meses a partir de las licencias, los primeros recibirían como contraprestación determinadas partes de lo construido, consumándose así la permuta y considerándose equivalentes las prestaciones, sin que procediese la entrega de cantidad alguna por exceso o defecto de valor; para facilitar la obtención de préstamos declaración de obra nueva y división horizontal, una vez obtenidos los permisos municipales se otorgaría escritura pública de compraventa (simulada) a favor de «Inmanosa», haciendo constar que el precio había sido recibido con anterioridad, pero rigiendo en realidad el contrato privado, en el que la constructora se comprometía a transmitir a los señores B. la parte que les correspondía libre de cargas y gravámenes y en el plazo dicho; como garantía de cumplimiento, simultáneamente al otorgamiento de la escritura se entregarían a los trasmitentes dos letras por valor de 25 millones de pesetas cada una y otras dos, por igual importe, quedarían en poder del Notario, estableciéndose en la cláusula decimosexta, en cuanto aquí interesa, que «si el incumplimiento se produce después de obtenidos los permisos de obras, se entenderá igualmente resuelto este contrato pudiendo los señores B., a partir de aquel momento, poner en circulación las letras de garantía suscritas, tanto las depositadas en la Notaría, que deberán ser entregadas por el señor Notario a los libradores de las mismas o a los que de ellos traigan causa, como las que ya tendrán en su poder, quedando la finca permutada en propiedad de 'Inmanosa', y todo ello con independencia de reservarse los señores B. la facultad de reclamar mayores daños si éstos se hubieran producido. A tal efecto, y para este último supuesto, sí que tendrá este contrato el carácter de provisión de fondos de las letras»; en la cláusula decimoséptima se concretó, también de modo literal, que «ambas partes quedan facultadas para ceder y subrogar a terceras personas, naturales y jurídicas todos y cada uno de los derechos y obligaciones dimanantes de este contrato». Segundo: En cumplimiento de lo pactado el 29 de octubre de 1975 se otorgó escritura pública de compraventa, transmitiendo la finca y haciendo constar que el precio había sido recibido. Tercero: El 19 de mayo de 1977 comunica la inmobiliaria que da por resuelto el contrato de permuta al no poder cumplir sus obligaciones, cosa que aceptan los señores B., en comunicación de 16 de septiembre del propio año, reservándose la facultad de reclamar mayores daños, conforme a la cláusula ya reseñada. Cuarto: Interpuesta demanda por los señores B., con el súplico que consta en los antecedentes de hecho, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en los términos que igualmente constan, apelándose por ambas partes y confirmándose la resolución de primer grado por la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala Primera de lo Civil, en su Sentencia de 30 de junio de 1987, que acogió íntegramente los razonamientos del Juzgado, expresando que lo único discutido en la alzada era el precio que debería establecerse en la escritura de compraventa de la finca a transmitir a «Inmanosa», una vez resuelto el contrato de permuta, y la nulidad o no de la asunción de la deuda por «Construcciones

Fide, S.A.», en sustitución de la entidad compradora, sentando que el precio se había establecido en los 100 millones, sin posibilidad de establecer un sobre precio como indemnización de daños, no probados, y sin que el cumplimiento por «Inmanosa» hubiera producido perjuicios, que de establecerse modificarían la causa de pedir, con violación del artículo 359 de la LEC, autorizando la cláusula decimoséptima del contrato de permuta el cambio de sujetos en la totalidad de la relación o en aspectos particulares de la misma. Quinto: Contra esta sentencia se interpuso por los señores B. el presente recurso de casación.

Los cuatro primeros motivos del recurso buscan amparo procesal en el número 4 del artículo 1.692 de la LEC y denuncian error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Citan, a dichos efectos, todos los documentos obrantes en autos: el propio contrato de permuta, los requerimientos que se cruzaron entre las partes, las cláusulas contractuales, la súplica de la demanda, el dictamen pericial expresivo del valor que habría de asignársele a la parte de construcción correspondiente a los señores B. al tiempo de otorgarse el contrato de permuta (28 de noviembre de 1974) y el mayor importe a los veintisiete meses de obtenida la licencia de obras, de todo lo cual sacan sus particulares conclusiones, demostrando con ello que lo pretendido no es tanto acusar el error de hecho, sino enfrentar a la apreciación realizada por el juzgador su propia apreciación jurídica, en relación con los mismos documentos que aquél tuvo en cuenta, con lo que ni los motivos encajan en la vía de amparo elegida, ni los documentos citados pueden calificarse de tales a los fines pretendidos; así, en el primero, tratan de obtener la conclusión de que las partes no consideraron la cancelación del depósito de las letras como el último acto de la liquidación de las relaciones pactadas en el documento de permuta, sino el penúltimo para que operara la cláusula 16, y que si la resolución se produjo por el requerimiento de 15 de septiembre de 1977, la cesión de derechos y obligaciones de «Inmanosa» a «Cofidesa» se notifica el 5 de diciembre del propio año, después de carecer de efectos la permuta por haberse resuelto; el segundo, que las partes no consideraron como equivalentes la cesión del terreno y los 100 millones de pesetas, sino éstos y además los mayores daños; el tercero, insiste en que resuelta la permuta no rige la cláusula subrogación, y el cuarto, que en la demanda se solicitó la indemnización de daños, que se acreditaron y que su estimación no alteraría la causa de pedir. Se olvida, cual señala el Juzgado, cuyos fundamentos acoge la Sala de Instancia, que la cláusula 16 del contrato de permuta contiene una previsora liquidación para el supuesto de que en el futuro se resolviese dicho contrato; que en ella se establece que «Inmanosa» se quedaría con la finca y los señores B. con las letras dadas en garantía, pudiendo reclamar indemnización de daños; que la propia función de garantía asignada a las letras implicaba que las partes consideraban la equivalencia de las prestaciones; que éstas no quedaban pendientes de una determinación ulterior, pues no procedía «la entrega de cantidad alguna por exceso o defecto de valor»; que la mayor prestación pecuniaria por incumplimiento de «Inmanosa» quedó sustituida por la liquidación prevista de los 100 millones como precio cierto; que no todo incumplimiento genera daños, pues éstos han de probarse; que lo que se trató de probar no fue tal cosa, sino que el precio de venta tenía que ser mayor que esos 100 millones previstos para el contrato liquidatorio («el precio que pericialmente sea fijado»), y que, en fin, la facultad de subrogación parcial se estimó que abarcaba a los derechos y obligaciones dimanantes del contrato o de su incumplimiento, pero a quien se obliga a otorgar la escritura es a «Inmanosa».

Al quedar incólume la base fáctica de la sentencia recurrida, el decaimiento de los motivos restantes se produce en cadena, salvo lo que al final se dirá, pues hacen supuesto de la cuestión. Todos denuncian, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la LEC, infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicables. El quinto considera infringidos los artículos 1.281, 1.282 y 1.289 del Código Civil, insistiendo en que el precio de la compraventa habría de ser el que pericialmente se determinase, con olvido de que a tal extremo ya proveyeron las partes fijando el precio en los 100 millones, pacto válido según los artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil (autonomía de la voluntad), y si existían daños mayores (no mayor precio) tenían que haberse probado como tales, pero no como incremento de una contraprestación ya especificada. El sexto combate la subrogación y cesión de obligaciones y mezcla preceptos tan heterogéneos como los artículos 1.280, 1.227, 1.526, 1.149, 1.151, 1.255 y 1.257, lo que proyecta confusionismo, suplanta la potestad de la Sala de Instancia para interpretar los contratos y contradice su afirmación, ajustada a Derecho, de que el acreedor puede prestar consentimiento al cambio de deudor en cualquier momento y forma, mientras subsista el acuerdo de los deudores (art. 1.205 Código Civil). El séptimo afirma que se infringe el artículo 7.° del Código Civil y la doctrina de enriquecimiento injusto, prescindiendo de la equivalencia de las prestaciones para caso de resolución por incumplimiento se estableció en los 100 millones y no en el mayor valor que hubieran alcanzado los inmuebles, cosa que podía haberse hecho pero no se hizo, lo que impide apreciar la mala fe que se imputa y el enriquecimiento injusto. Por el contrario, ha de estimarse el último motivo, que impugna la desestimación de que se condene a los demandados a que abonen los gastos e impuestos motivados por el contrato de permuta y el otorgamiento de la escritura a que se condena en la sentencia recurrida, pues ello, al igual que la subrogación, es algo que dimana del contrato y, concretamente, de la cláusula 12 del mismo, que al disponer que «todos los gastos que se produzcan en la ejecución del presente contrato, en cualquiera de sus fases, serán de cuenta y cargo de 'Inmanosa'», está abarcando la cláusula resolutoria decimosexta y sus consecuencias; la petición aparece como sexta en el suplico de la demanda y es consecuencia de la buena fe que ha de presidir el negocio, sin que tenga que incardinarse en el capítulo de «daños derivados del incumplimiento», sino en lo pactado y sus efectos naturales; mas admitida la subrogación, tales gastos e impuestos han de ser abonados por «Cofidesa».

R. DE A.

LETRA DE CAMBIO. EJERCICIO EN VIA DE REGRESO, POR EL BANCO ACTOR. EL ENDOSO NO FUE PARA GESTION DE COBRO. EXCEPCIONES OPONIBLES ENTRE LOS SUCESIVOS TENEDORES. CLAUSULA «VALOR RECIBIDO» (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1989)

En el presente litigio, el Banco de Bilbao, tomador de una letra de cambio librada por la entidad mercantil «Sumelzo, S. A.», la presentó al cobro a su vencimiento, y hubo de levantar diligencia de protesto por el impago que de ella hizo el librador. Para recuperar su importe acudió a la vía de regreso contra el librador en este juicio declarativo, tras fallar el intento de que éste reconociera

su firma en preparación de vía ejecutiva. En el juicio el librador opuso, entre otras excepciones, la de que el título por el cual tomó la letra el Banco fue de una simple gestión de cobro, por lo que al resultar impagada la letra debió limitarse a devolver el efecto al librador con la nota de gastos. La Audiencia no aceptó esta tesis y revocando la sentencia de primera instancia dio lugar a la demanda, y hoy en casación, impugna el demandado la sentencia por motivos que a continuación se analizan.

Combate el recurrente la sentencia por la vía del número 4 del artículo 1.692, alegando error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos. La lectura del motivo revela que el recurrente más que basar su recurso en documentos, lo que pretende es analizar de nuevo toda la prueba, incluso desmenuza la prueba de confesión, ignorando que la casación no es una tercera instancia, y aunque señala dos documentos en apoyo del motivo, el primero es la letra de cambio en la que figura como tomador el Banco y como librador (ahora ya no niega la firma) el recurrente, y los principios que rigen los títulos de crédito, entre ellos, el de literalidad e incorporación o necesidad, obligan a concluir que el Banco como tomador tiene los derechos que a tal condición corresponden y como tenedor del título tiene el de cobrarlo a su vencimiento. El segundo de los documentos, simple asiento bancario de cargo y abono, no revela por sí mismo error alguno de la Sala de Instancia, la cual, valorando toda la prueba practicada, llegó a la conclusión de que el Banco tenedor de la cambial no era un simple endosatario en comisión de cobranza, sino un adquirente oneroso del efecto cambiario, como se desprende de la posición de tomador, y lo demuestra la cláusula de valor recibido

La desestimación del motivo anterior origina la desestimación del presente, motivo segundo, en el que se alega infracción de ley al amparo del número 5 del artículo 1.692 y se señalan como infringidos los artículos 459 y 458 del Código de Comercio vigente a la sazón. Conforme a estos artículos, el librador es responsable del pago de la letra a todos los sucesivos tenedores en vía de regreso cuando no la pague el deudor principal, que lo es el librador que haya aceptado la letra. De la tenencia de la letra en la que consta además, como ya se ha dicho, la cláusula valor recibido no puede obtenerse otra conclusión. Ciertamente que en las relaciones entre los sucesivos tenedores caben esgrimir excepciones personales y acudir a las causas subyacentes que originaron el negocio cambiario, pero en el caso de autos, en ningún momento el librador ha alegado dato alguno que permita poner en duda que recibió y dispuso del importe de la cambial. Pedir que el Banco le devuelva el efecto conlleva que abone su importe al legítimo tenedor.

El motivo tercero y último, en el que se denuncia infracción de los artículos 246, 463 y 488 del Código de Comercio, no puede tampoco prosperar, puesto que no existió un endoso en comisión de cobranza, sino un acceso al título cambiario en posición de tomador que descuenta su importe. El motivo contiene un nuevo intento de revisar la convicción del juzgador con la interpretación de las anotaciones contables realizadas por el Banco, pero sin negar en momento alguno haber recibido el importe. A mayor abundamiento, aunque el descuento hubiere tenido lugar en fecha inmediata a su vencimiento, conviene recordar que las letras pueden endosarse salvo que estén vencidas y perjudicadas (art. 466), y, en cualquier caso, la Ley (art 463 y concordantes) determina cómo se transfieren las letras en simple comisión de cobranza, vía que no se utiliza en el caso de autos.

R. DE A

CONTRATO DE OBRA: LA LLAMADA «SOLIDARIDAD IMPROPIA» DE QUIENES INTERVIENEN EN LA OBRA. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CON APLICACION DEL INDICE DE PRECIO (PROCEDE). ERROR DE HECHO (NO CABE LA PRUEBA PERICIAL COMO ELEMENTO DE REFERENCIA) (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1989).

En cuanto al recurso de casación interpuesto por don Alberto M. V., procede desestimar el primero de los motivos en que se ampara, que dicho recurrente, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en pretendido error en la apreciación de la prueba, porque, en su criterio las diferentes pericias técnicas que corresponden a cada uno de los intervinientes en el proceso, tanto del actor como de cada uno de los demandados, no han sido adecuadamente valoradas, haciendo para ello una exégesis subjetiva en contra de la objetiva llevada a cabo por la Sala sentenciadora de instancia, porque aparte que, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son claro y preciso exponente las Sentencias, entre otras y como más recientes, de 1 de febrero y 19 de octubre de 1982, 21 de noviembre de 1985, 17 de julio de 1986, 9 de febrero, 3 de abril y 25 de mayo de 1987 y 22 de marzo, 17 y 18 de julio y 20 de octubre de 1988, la prueba pericial no tiene el alcance de documento a efectos de casación, en cuanto su apreciación viene sometida por el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las reglas de la sana crítica, sobre las que no existen normas legales que rijan ese criterio estimativo, es lo cierto que lo en realidad pretendido por el mencionado recurrente es llevar a cabo en este extraordinario recurso una nueva valoración de la prueba, con olvido que es improcedente efectuarlo en casación, ya que ésta no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal, encaminado a determinar si, dados unos determinados hechos, es o no correcta la apreciación jurídica dada con su base por el órgano jurisdiccional de instancia, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 12 de abril de 1985, 24 de julio y 26 de septiembre de 1986, 30 de junio de 1987 y 29 de enero, 7 de julio y 27 de octubre de 1988.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al segundo de los motivos en que se apoya el mencionado recurso ejercitado por don Alberto M. V., y que éste, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula por alegada infracción del artículo 1.591 del Código Civil, al entender que la responsabilidad solidaria, que a medio de un cumplimiento por equivalencia instaura la sentencia recurrida, es una solución que no se compadece con la ortodoxa interpretación del mencionado precepto, a tenor del cual cada uno responde por las reglas de su profesión, puesto que si ciertamente tal tesis es correcta, sin embargo, no es de aplicar en el recurso ahora examinado, dado que para ello hay que hacer supuesto de la cuestión, lo que no es procedente en casación, cual tiene reiteradamente declaradas esta Sala, y de ello son exponente, entre otras y como más recientes, las Sentencias de 6 de febrero y 6 de junio de 1986, 15 de junio y 11 de noviembre de 1987, 16 de febrero y 30 de noviembre de 1988 y 7 y 16 de enero de 1989, si se considera que la sentencia recurrida establece como básica fáctica; que ha quedado inalterable en casación al no ser eficientemente desvirtuada, y que, por tanto, es vinculante, que los defectos aparecidos en la obra cuestionada, generantes de ruina legal con base en el mencionado artículo 1.591 del Código Civil, es consecuencia del comportamiento concurrente en la actividad en tal obra de los arquitectos, aparejadores, constructores y promotor, pero sin concreción específica de independencia excluyente de dicha responsabilidad solidaria.

Por lo que se refiere al recurso de casación interpuesto por la entidad «Obras y Construcciones Industriales, S. A.» (OCISA), no es de acoger el primero de los motivos en que ésta se basa, y que, con amparo en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,trata de fundamentar con infracción del artículo 359 de la misma Ley procesal, porque, en contra de la apreciación de la referida entidad recurrente, la circunstancia de que mientras en la súplica del escrito inicial de demanda se solicita la condena a los demandados, conjunta y solidariamente, a que abonen a la demandante la cantidad de 12.939.216 pesetas, que se considera necesario para reparar o subsanar la referida ruina, o la cantidad que resulte de las pruebas que se practicaron en la litis, corregida la cifra con el índice del costo de vida referido a la fecha en que sea firme y definitiva la sentencia que se dicte, en el fallo o parte dispositiva de la sentencia objeto del recurso, se hace reconocimiento de dicha condena a los demandados a que, solidariamente, abonen a la demandante la referida cantidad de 12.939.216 pesetas cuya suma se actualizará con arreglo a la valoración experimentada por el índice medio fijado por el Instituto Nacional de Estadística, para el sector de la construcción, entre las fechas de emisión del informe pericial aportado con la demanda y la de firmeza de dicha sentencia, en manera alguna es significativo de incongruencia, por causa de ir más allá de lo solicitado, pues que, aunque no se exprese concretamente en la meritada súplica de demanda, de remisión que ésta contiene a que la indicada cifra de 12.939.216 pesetas corregida «con el índice del coste de vida referido a la fecha en que sea firme y definitiva la sentencia que se dicte», indudablemente comprende, y en consecuencia requiere, un módulo comparativo, puesto que en modo alguno puede corregirse lo que no tiene módulos comparativos, y que certeramente aprecia la resolución impugnada hay que determinar o partir de la fecha de emisión del informe pericial aportado con la demanda, al venir insito, aun sin nominarlo expresamente en la tan citada súplica de demanda, dado que es precisamente el invocado informe pericial aportado con la demanda el que la sentencia recurrida considera a efectos de establecer la cantidad de 12.939.216 pesetas fijadas a abonar y a tener en cuenta a efectos de la corrección cuantitativa solicitada por la demandante y que la resolución impugnada reconoce; y mayormente en cuanto que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 3 de abril de 1953, 22 de noviembre de 1963, 11 de enero y 9 de diciembre de 1982 y 10 de mayo y 30 de junio de 1983, a efectos de determinación de congruencia, ha de entenderse que la adecuación entre lo pedido y lo concedido no requiere una identidad absoluta, al ser suficiente para apreciarla la existencia de una concreción íntima entre ambos términos —pretensión y concesión—, de tal modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte, no imponiéndose en consecuencia, a tal fin, sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia.

Tampoco procede estimar el segundo de los motivos en que la entidad «Obras y Construcciones Industriales, S. A.» (OCISA), formula, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con base en pretendido error en la apreciación de la prueba que dicha recurrente trata de fundamentar en informe pericial emitido por los arquitectos don Raúl García Sánchez y don Joaquín Fiestas Gómez, pues, aparte que tal informe, como expresamente se reconoce en el motivo que se examina, ya ha sido considerado, analizado, calificado e interpretado por la Sala sentenciadora de instancia, por lo que carece de eficacia para viabilizar casación, según tiene declarado las Sentencias de 14 de junio y 30 de julio de 1983, 9 de febrero y 10 de mayo de 1984, 9 de octubre,

3 de noviembre y 22 de diciembre de 1987, 24 de marzo, 9 de octubre y 19 de diciembre de 1988, es asimismo de tener en cuenta que lo pretendido con el planteamiento de tal motivo bajo un aspecto es tratar de dar valor como documento al indicado fin al referido informe pericial, con olvido de que no tiene tal carácter, cual viene expuesto en el primero de los fundamentos de derecho referidos al recurso interpuesto por don Alberto M. V., que se da por reproducido en el presente, y bajo otro aspecto de intentar se valore nuevamente la prueba en este extraordinario recurso, desconociendo que es improcedente efectuarlo, dada su naturaleza, como también tiene puesto de manifiesto en el precitado fundamento de Derecho primero de esta resolución, que igualmente se da por reproducido al respecto.

Procede también desestimar los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto del meritado recurso interpuesto por la precitada entidad «Obras y Construcciones Industriales, S. A.» (OCISA), formulados los cuatro al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y pretendidos amparar el tercero en violación del artículo 1.591 del Código Civil, en relación con el artículo 2.° de la Real Orden de 25 de noviembre de 1864, artículo 10 del Real Decreto de 22 de julio de 1864 y Real Orden de 1 de diciembre de 1922, todos ellos antecedentes y normas completadas por el Decreto número 265/1971, de 19 de febrero de 1971, hoy vigente, y doctrina jurisprudencial de que se hace cita; en cuanto a violación de dicho artículo 1.591 del Código Civil y doctrina jurisprudencial de que asimismo se hace cita; el quinto, igualmente por violación del tan citado artículo 1.591 del Código Civil, Decreto de 23 de diciembre de 1972 y Orden ministerial de 27 de septiembre de 1974; y el sexto en reiteración de valoración del mencionado artículo 1.591 del Código Civil, Decreto de 23 de diciembre de 1972 y Orden ministerial de 27 de septiembre de 1974, y doctrina jurisprudencial en exégesis de dichos preceptos, y cuyos motivos, en esencia, se contraen a la exención de responsabilidad de la aludida entidad constructora «Obras y Construcciones Industriales, S. A.» (OCISA), y en todo caso al reconocimiento de responsabilidad solidaria que la sentencia recurrida reconoce de dicha entidad con los arquitectos, aparejadores y promotor, pues si bien es cierto lo genéricamente razonado en la fundamentación de los relacionados motivos, solamente tiene aplicación, de una parte, cuando en la resolución impugnada correspondiente no se reconozca responsabilidad al constructor, y de ser reconocida venga individualizada en tal resolución su grado cualitativo y cuantitativo de responsabilidad, lo que no sucede en el presente caso, en que la sentencia de que se trata reconoce la responsabilidad de la tal citada entidad constructora en concurrencia con la atribuida a los arquitectos, aparejadores y promotor, sin individualización del grado cuantitativo y cualitativo asignable a cada uno, generando en consecuencia un módulo responsabilizador solidario entre todos ellos, por lo que los referidos motivos, en su planteamiento, están haciendo supuesto de la cuestión, lo que, como viene dicho en el segundo de los fundamentos de Derecho de esta sentencia, y se da por reproducido en el presente, no es procedente efectuar en casación, pues que ésta, por su propia naturaleza y singulares características, viene limitada a determinar si, dados los hechos establecidos en la resolución impugnada, resulta adecuada la solución jurídica dada, que en supuesto examinado es consecuencia, en materia de contrato de obra, de la denominada solidaridad impropia o por necesidad de salvaguarda del interés social para cuando no ha sido adecuadamente determinada, en su ámbito respectivo, la responsabilidad de los en ella intervinientes con relación al perjudicado, siguiendo la orientación señalada por las sentencias, entre otras, de 17 de febrero, 28 de mayo y 20 de

octubre de 1982 y 8 de mayo y 22 de septiembre de 1986, y sin perjuicio, claro está, de que la responsabilidad solidaria reconocida frente al acreedor —en este caso la entidad demandante, Comunidad de Propietarios de la Pastilla, o bloque 4-1, de la urbanización Soto de Llanera, que actúa en la litis entablada por medio de don Eduardo Gómez Lacasette de Clavería, en su condición de presidente de dicha Comunidad de Propietarios—, puede generar consecuencias de determinación cualitativa y cuantitativa responsabilizadora, según el grado o módulo de ésta, entre los acreedores solidarios —en este caso los arquitectos, aparejadores, constructores y promotor—, y a dilucidar entre ellos, en su caso, con base en lo normado en el párrafo segundo del artículo 1.145 del Código Civil y previa la destrucción de la presunción de igualdad que previene el artículo 1.138 del mismo cuerpo legal sustantivo, y a cuya proporcionalidad responsabilizadora es ajena la indicada entidad acreedora demandante, puesto que ésta ante los deudores responsabilizados solidariamente tiene la garantía personal que supone la solidaridad, sin necesidad de que le afecte el fraccionamiento que pudiese corresponder de dicha responsabilidad solidaria entre los deudores por ella afectados

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (EXISTE). PUNTUALIZACION DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS CAUSANTES DE UN DAÑO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1989).

Para el adecuado estudio del presente recurso se estima imprescindible hacer las siguientes puntualizaciones previas: Primera: La Compañía Telefónica Nacional de España había contratado: *a)* con la entidad «Industrias de Telecomunicación, S. A.» (en anagrama «Intelsa»), el montaje de la planta primera del edificio que dicha Compañía Telefónica tiene en la plaza de las Tendillas, 7, de Córdoba, edificio denominado «Gondomar», de una central automática de diez mil líneas, y *b)* con la entidad «Enerclima, S. A.», la instalación de un sistema de aire acondicionado, integrado por dos unidades climatizadoras, con funcionamiento alternativo programado, para que siempre exista una en reserva, que es indispensable para el buen desenvolvimiento de los complicados sistemas electrónicos de dicha central, como igualmente tenía contratado con esta última entidad el servicio de mantenimiento, conservación y reparación del expresado sistema de aire acondicionado. Segunda: Las dos referidas unidades climatizadoras, que habían sido situadas físicamente encima de unos paneles que contienen elementos de la central ya montada por «Intelsa», disponen de una bandeja interior de recogida de agua de condensación, con un desagüe de esta bandeja a la red, y, además, unas bandejas exteriores de recogida de agua, que cubrían en proyección vertical la totalidad de la base de las unidades climatizadoras, pero el desagüe de estas bandejas exteriores de seguridad no estaba conectado todavía, quedando el orificio de salida sobre los referidos paneles. Tercera: Cuando el montaje ya realizado de la referida central se encontraba en funcionamiento, en período de pruebas, como trámite previo a su aceptación y recepción por la Compañía Telefónica, concretamente el día 18 de marzo de 1983, que era viernes,

se detectó un pequeño goteo de agua en la unidad climatizadora que se hallaba en funcionamiento, lo que fue comunicado inmediatamente a la entidad encargada del mantenimiento, conservación y reparación de dicho sistema de aire acondicionado («Enerclima, S. A.»), la cual, desde Sevilla, en donde tiene su domicilio social, y sin desplazar a Córdoba a ninguno de sus técnicos, dio telefónicamente la instrucción de que se dejara fuera de servicio dicha unidad climatizadora y se pusiera en funcionamiento la otra, como así se hizo, con lo que desapareció el goteo, cuya segunda unidad fue controlada durante todo el viernes, 18 de marzo de 1983, comprobándose que funcionaba correctamente hasta las veintitrés horas de ese día, en que se hizo la última inspección y que no se volvió a hacer durante ese fin de semana. En la mañana del 21 de marzo de 1983, lunes, se comprobó que sobre los equipos automáticos de la central había chorreado agua, proveniente de la unidad climatizadora que había estado en funcionamiento durante ese fin de semana, lo que ocasionó daños en numerosos elementos electrónicos de dicha central automática, que fueron tasados en veintidós millones trescientas veinte mil quinientas ochenta y seis (22.320.586) pesetas. Cuarta: La entidad «Intelsa» tenía concertado un seguro a todo riesgo, con vigencia durante el montaje de la referida central, con «La Unión y el Fénix Español, S. A.», y otras coaseguradoras, las cuales, en cumplimiento de dicho seguro, han abonado a «Intelsa» el importe de los referidos daños, ascendente a la ya expresada cantidad. Quinta: Las entidades coaseguradoras («La Unión y el Fénix Español, S. A.»; «Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros»; «La Equitativa —Fundación Rosillo—, S. A.»; «La Unión Iberoamericana Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros», y «Unión Popular de Seguros»), subrogándose en los derechos de su asegurada («Industrias de Telecomunicación, S. A.», en anagrama «Intelsa»), promovieron juicio declarativo de mayor cuantía, ejercitando acción de responsabilidad por culpa extracontractual, contra la Compañía Telefónica Nacional de España, en reclamación de la ya expresada cantidad, en cuyo proceso recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, por la que estimó la aducida excepción de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandadas también las entidades «Intelsa» y «Enerclima, S. A.», y se abstuvo de conocer del fondo de la cuestión litigiosa Sexta: En grado de apelación, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia, por la que, revocando la de primer grado y desestimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario, estimó la demanda y condenó a la Compañía Telefónica Nacional de España a pagar a las coaseguradoras demandantes la cantidad de veintidós millones trescientas veinte mil quinientas ochenta y seis pesetas. Séptima: Contra la expresada sentencia de la Audiencia, la entidad Compañía Telefónica Nacional de España interpone el presente recurso de casación, que articula a través de seis motivos.

Los antecedentes que acaban de ser expuestos permiten sentar las siguientes premisas: Primera: Que en el momento de producirse el evento dañoso objeto de litis, la entidad «Intelsa» era propietaria de los elementos electrónicos instalados en la central automática de cuyo montaje estaba encargada por contrato, y que todavía no había entregado a la comitente Compañía Telefónica Nacional de España, como la evidencia el hecho de que cobró el seguro a todo riesgo que sobre los elementos dañados tenía concertado con vigencia durante la fase de su montaje. Segunda: Que la responsabilidad por los referidos daños, que no afectaron a ninguna tercera persona distinta de las entidades contratantes, vendrá impuesta únicamente a aquella que estando obligada, a virtud de los contratos celebrados, a vigilar la central durante la fase de pruebas de la misma y antes de

su entrega a la comitente, omitió dicha vigilancia, lo que entraña o puede entrañar una responsabilidad exclusivamente contractual o de esta naturaleza para alguna de las entidades contratantes y extracontractual para otra. Tercera: Que no es posible decidir, con la autoridad de la cosa juzgada, a cuál de las tres entidades (comitente y las dos contratistas) incumbia la obligación de vigilancia del funcionamiento de la central, durante la expresada fase de pruebas de la misma (en la que el desagüe de las bandejas exteriores de seguridad, como ya se ha dicho, no estaba conectado todavía), con la consiguiente responsabilidad que el incumplimiento de tal obligación puede comportar, sin que intervengan en el proceso las tres referidas entidades (o se le dé la posibilidad de intervenir), pues la resolución que en el mismo recaiga puede afectar y vincular a cualquiera de las tres, ello sin perjuicio de que, una vez clarificada tal cuestión, la pretensión indemnizatoria de las coaseguradoras demandantes, aquí recurridas, haya lógicamente de limitarse a la cuota de responsabilidad que pueda corresponder a alguna o algunas de las entidades (Compañía Telefónica Nacional de España o «Enerclima, S. A.») distintas de su propia aseguradora («Intelsa»), en cuya posición jurídica se han subrogado.

Las anteriores premisas han de llevarnos a la estimación del motivo cuarto, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que la recurrente denuncia violación, por inaplicación, de la jurisprudencia, que cita, referente a la existencia de un litis consorcio pasivo necesario, cuyo estudio, obviamente, es de carácter prioritario a los demás articulados, estimación de este motivo que viene determinada por la consideración de que la doctrina de esta Sala que establece que la responsabilidad por culpa extracontractual, cuando son varios los intervinientes en la producción del resultado dañoso, y no existen elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, es de carácter solidario, por lo que el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos (Sentencias de 28 de marzo de 1982, 14 de noviembre de 1984, 28 de enero y 1 de julio de 1986, 16 de octubre y 1 de diciembrede 1987, 19 de enero y 7 de junio de 1988, entre otras), que es la que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta para entender, en contra de la estimación del Juez, que en este supuesto no se da la situación de litis consorcio pasivo necesario, carece de aplicación al presente caso, por las siguientes razones: Primera: Porque en este supuesto, como ya se ha dicho, no nos hallamos en presencia de una responsabilidad exclusivamente extracontractual, pues también (o sólo) puede haberla de naturaleza contractual, que ha de afectar únicamente, como es obvio, a la entidad contratante que en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales haya podido incurrir en culpa o negligencia. Segunda: Porque, en todo caso, la expresada doctrina jurisprudencial presupone la necesaria individualización o conocimiento de los diversos causantes del daño con su conducta comisiva u omisiva, lo que no ocurre en este caso, en que, al no ser conocida cuál era la entidad que, a virtud de los referidos contratos, estaba obligada a vigilar el funcionamiento de la central telefónica automática, durante su fase de pruebas y antes de su entrega definitiva a la comitente Compañía Telefónica Nacional de España, es necesario determinar cuál fue la que incurrió en dicha omisión contractual, lo que exige la intervención en el proceso de las tres entidades que, respectivamente, estaban ligadas por los referidos contratos, dentro de cuya órbita, y sin afectar a tercera persona extraña a los mismos, se ha producido el resultado dañoso objeto de litis, y todo ello, por un lado, sin poder dejar excluida, aquí y ahora, un hipotética y residual responsabilidad extracontractual de la Compañía Telefónica Nacional de España (en cuanto tiene un vigilante del edi-

ficio, en una de cuyas salas está instalada la central automática a que se refiere el proceso), y, por otro, sin perjuicio, como ya se ha dicho, de que las coaseguradoras sólo ejerciten su pretensión indemnizatoria por la cuota de responsabilidad (contractual o extracontractual) que pueda corresponder a alguna o algunas de las otras entidades distintas de su propia asegurada, en cuya posición jurídica se han subrogado.

El acogimiento del motivo examinado, que impide el estudio de los restantes, ha de llevar aparejada, con la estimación del presente recurso, la casación y anulación de la sentencia recurrida y la confirmación del fallo de la de primera instancia que, aunque no redactado con toda la precisión técnica exigible, pronuncia simplemente una sentencia «absolutoria en la instancia», al haber estimado la excepción procesal de litis consorcio pasivo necesario

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA: RESPONSABILIDAD POR RUINA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA SOLO CUANDO NO ES POSIBLE INDIVIDUALIZAR LOS COMPORTAMIENTOS (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

Procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, fundamentado por la entidad recurrente «Empresa Ferrovial, S. A.», al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos de los que no se hace concreta cita c informes y dictámenes periciales obrantes en autos, pues, bajo un aspecto, al haber sido ya considerados todos y cada uno de los aspectos a que se alude la fundamentación del motivo y que se examina valorándolos en todo su alcance y efecto de hecho y jurídicos, con lo que vienen desprovistos de la naturaleza de documentos a fines de acreditación de error en la apreciación de la prueba, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponente, entre otras y como más recientes, las Sentencias de 24 de febrero y 27 de marzo de 1986, 9 de octubre y 22 de diciembre de 1987 y 26 de septiembre y 19 de octubre de 1988; en otro aspecto porque, como también indican las Sentencias de 17 de febrero y 10 de marzo de 1986, 9 de febrero y 21 de abril de 1987 y 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988, las pruebas periciales y los informes tampoco son significativos de documentos al respecto, dado que vienen sometidos, a tenor del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la apreciación de los órganos jurisdiccionales de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, que no vienen preestablecidas, al no existir normas que rijan su criterio estimativo, pero lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido; y, finalmente, porque lo en realidad revelado al desarrollar el indicado motivo la precitada entidad recurrente es tratar de llevar a cabo en casación una nueva valoración de la prueba practicada en el juicio en cuestión, tratando de sustituir la objetiva apreciación de la Sala que dictó la sentencia recurrida por la subjetiva de la mencionada recurrrente, lo que no es procedente realizar en tan singular y extraordinario recurso, si se considera que, como proclaman las Sentencias de 24 de febrero y 26 de septiembre de 1986, 30 de junio y 19 de octubre de 1987 y 18 de abril y 7 de julio de 1988, no es una tercera instancia, sino una mero remedio procesal

encaminado a determinar si, dados unos determinados hechos vinculantes, es o no adecuada la solución jurídica a que llegó la sentencia recurrida.

Tampoco es de acoger el motivo segundo, formulado, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción del artículo 1.591 del Código Civil, puesto que para ello hace la meritada entidad recurrente, «Empresa Ferrovial, S. A.», supuesto de la cuestión, lo que no es de acoger en casación, según tiene reconocido esta Sala, entre otras, en Sentencias de 24 de enero y 9 de marzo de 1986, 15 de junio y 30 de octubre de 1987 y 16 de febrero y 18 de marzo de 1988, dado que la resolución impugnada expresamente reconoce, en el aspecto fáctico, atribución responsabilizadora decenal de los defectos determinantes de la ruina apreciada en la obra en cuestión, incordinada en el artículo 1.591 del Código Civil, a los cinco arquitectos proyectistas los referentes a la carpintería exterior, a causa de su deficiente diseño o proyecto para la climatología asturiana, que no se tuvo en cuenta, quizás por no residir los autores en la región, y los restantes apreciados en la constructora «Empresa Ferrovial, S. A.», a causa de una mala ejecución material, y cuyos asertos al no haber sido eficientemente desvirtuados son vinculantes en casación, al no tener efectividad estimatoria el motivo primero anteriormente examinado y a cuya estimación precisamente ha supeditado la tan meritada entidad recurrente la acogida del ahora considerado.

La solución desestimatoria de los motivos primero y segundo en que se apoya por la parte recurrente en casación, por las razones expuestas en los procedentes fundamentos de Derecho, conduce a igual rechazo del ordinal motivo tercero, que se formula, con amparo en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por invocada infracción por inaplicación de los artículos 1.591 y 1.137 del Código Civil, toda vez que si se reconoce con vinculación fáctica, según viene dicho, que existe responsabilidad por causa de ruina legal, atribuible en la carpintería exterior a los cinco arquitectos proyectistas demandados, y en el resto de los defectos generantes de tal ruina legal a la constructora «Empresa Ferrovial, S. A.», claro es, de una parte, que en manera alguna se ha dejado de aplicar, cual se aduce como base del motivo ahora examinado, el precitado artículo 1.591 del Código Civil, al que precisamente se remite el órgano jurisdiccional de instancia para llegar a la solución que acoge; y, de otra parte, en razón a que si está delimitada la responsabilidad personal en relación con los defectos que han dado origen a la reclamación planteada, ninguna aplicación procede de lo normado en el artículo 1.137 del Código Civil, en cuanto previene vinculación en grado de solidaridad, si se considera que ésta solamente es de apreciarla cuando no se produce responsabilidad discriminada independiente, que es lo que ocurre en el presente caso, pues que, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 17 de junio, 13 de noviembre y 30 de diciembre de 1985, el supuesto de ilicitado culposo en solidaridad entre los sujetos responsables sólo es de aplicar cuando no es posible individualizar comportamientos y responsabilidades, ya que, como también ponen de manifiesto las Sentencias de 28 de mayo, 20 de octubre y 17 de febrero de 1982, 8 de mayo y 22 de septiembre de 1986, la llamada solidaridad impropia, o por necesidad de salvaguardarse del interés social, tanto en los casos de responsabilidad extracontractual, como en el contrato de obra, sólo es admisible cuando la responsabilidad del arquitecto, aparejador, constructor, promotor, etc., no es posible determinarla en su ámbito respectivo.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. ACCIDENTE DE CIRCULACION: COMPENSACION DE CULPAS. SIGNIFICADO DE LAS ACTUACIONES PENALES EN VIA CIVIL (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1989).

Producida la muerte del peatón que cruzó de izquierda a derecha la travesía urbana de una carretera nacional de tráfico importante, la sentencia dictada por la Audiencia, en el litigio promovido por los familiares perjudicados, aceptó el *quantum* valorativo de la muerte producida, pero al propio tiempo atribuyó la causa de la muerte a las actuaciones imprudentes del conductor y de la víctima y ponderó tal concurrencia de causas en el 80 por 100 atribuible a la víctima y el 20 por 100 al automovilista, por lo que redujo a este porcentaje la estimación de la cantidad solicitada en la demanda: contra dicha resolución, interpusieron los actores el recurso de casación y articularon el primer motivo por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando a la sentencia de error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos y no contradichos por otras pruebas. Se cita como documentos el informe del sargento de la Guardia Civil que emitió en el atestado penal, el auto del Juez penal fijando la cantidad a reclamar por el seguro obligatorio, y a continuación se vierten consideraciones sobre las pruebas practicadas en las diligencias penales. De todo ello se desprende que el escrito del recurso pretende convertir a la casación en instancia y sustituir la apreciación conjunta de la prueba llevada a cabo con independencia y objetividad por la Sala, por la parcial e interesada de los recurrentes, y como, además, los documentos citados carecen de toda virtualidad probatoria *per se* y no son aptos para utilizar como fundamento de los motivos articulados al amparo del número 4 del artículo 1.692, como reiteradamente ha proclamado esta Sala en relación con las diligencias penales y atestados policiales, procede desestimar el motivo y también el segundo, en el que al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción del artículo 1.902 del Código Civil y del artículo 1.° de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, porque incólumes los hechos, ningún dato revela que la Sala haya errado al fijar el índice de contribución al daño y con ello errado al determinar la cuantía de la indemnización para lo que la Sala es soberana

R. DE A

BIENES COMUNALES: NATURALEZA DISTRIBUCION DEL JUSTIPRECIO EN LA EXPROPIACION DE LOS MISMOS. ERROR DE HECHO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1989).

Dada la íntima relación que guardan los motivos primero y segundo del presente recurso, resulta obligado su estudio conjunto, dentro del ámbito procesal que define el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo señalarse, como punto de partida, que no existe error alguno en la resolución recurrida cuando afirma, que el único informe (refiriéndose evidentemente al pericial) que obra en autos, es el emitido por el ingeniero agrónomo don Alfredo Salazar Nograro, dado que, efectivamente, ni fue pedida en el período probatorio, ni practicada con las correspondientes garantías procesales,

otra prueba pericial que no fuera la evacuada por tal perito, elegido de común acuerdo por las partes litigantes; lo que la parte recurrente califica como informe acompañado a la demanda, y emitido por un perito agrícola de la oficina de la zona rural del excelentísimo Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, no es otra cosa que una prueba preconstituida, no autentificada ni ratificada en los autos, y en su consecuencia resulta correcto que el Tribunal *a quo* no le haya atribuido valor probatorio de clase alguna. Por otro lado, la impugnación, interpretación, y nueva valoración que se pretende hacer de la prueba pericial, está en abierta contradicción con la doctrina de esta Sala, recogida esencialmente en los siguientes puntos: A) La prueba pericial no puede confundirse con la documental, pues son medios de prueba distintos, y, por tanto, no es subsumible la pericial en la hipótesis del ordinal cuarto aquí alegado; B) al ser la prueba pericial de apreciación discrecional, según las reglas de la sana crítica que se señala el artículo 632 de la Ley Procesal, carece de eficacia, para fundamentar un recurso de casación, la denuncia de unas reglas no previstas en norma legal alguna, y C) la reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984 no ha alterado la doctrina anterior, ni ha introducido una impugnación casacional abierta y libre de la pericia, que haya de prevalecer sin cortapisa alguna sobre lo valorado por el Tribunal de Apelación (Sentencias de 25 de abril de 1986, 9 de febrero, 30 de mayo y 19 de octubre de 1987, etc.). Por todo lo que se acaba de exponer, resulta obligado el rechazo de los dos motivos examinados

En el tercer motivo se utiliza la vía del ordinal quinto, y se denuncia la infracción de los artículos 1.091 y 1.281 del Código Civil y el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, debiendo también partirse del propio *petitum* de la demanda, para clarificar el desarrollo de esta concreta alegación. La parte actora suplicaba: «Que se declare que la suma de 5.256.224 pesetas que fueron depositados por el excelentísimo Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en la Caja General de Depósitos, como parte del justiprecio de la expropiación de parte de los montes 'Larrazisabel' y 'Los Tiemblos', deberá ser abonada a la Junta Administrativa de Arechavaleta, y de modo subsidiario, solicitamos el abono de la parte correspondiente a mi mandante»; peticiones que tenían sus antecedentes en la tesis mantenida por el recurrente, de que el referido monte estaba inscrito a su nombre, y era, por tanto, de su exclusiva propiedad, aunque sobre el mismo tuviesen ciertos aprovechamientos los vecinos de la Junta demandada, y los de los pueblos de Lasarte y en parte los pueblos de Ascarza de Alava y Arrieta del condado de Treviño; y que habiendo llegado a un acuerdo con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, repecto a la expropiación y valoración de una parte de dichos montes, el justiprecio de tal expropiación, depositado en la Caja General de Depósitos, le correspondía en su totalidad, y debía de serle entregado; subsidiariamente también solicitada, que en caso de tener que abonar a la Junta demandada el valor de los aprovechamientos comunales que a sus vecinos correspondían, se le entregara la diferencia. La demandada Junta Administrativa de Gardelegui se opuso alegando la propiedad compartida de los referidos montes, y solicitando recibir la mitad del precio depositado. La sentencia recurrida declara no haber sido desvirtuada la presunción registral que opera en favor de la parte actora como titular inscrito, y sólo accede a distribuir el precio, en relación con la estimación pericial del valor del vuelo, referido a los aprovechamientos existentes en beneficio de ambas partes litigantes. Resumida la cuestión litigiosa de este modo, no es posible apreciar ni entender violación alguna de los preceptos legales citados, tanto lo sean en su modalidad de inaplicación, como de aplicación indebida, causa por lo que este motivo debe decaer.

En el cuarto motivo se acusa la infracción de los artículos 392 y 393 del Código Civil, puestos en relación con los artículos 183 y 187 de la entonces vigente Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, todo ello referido a la distribución que en la sentencia recurrida se hace de la parte del precio que corresponde al valor agrícola o del vuelo de la porción del monte expropiado. En uso de las facultades establecidas en el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, las partes interesadas convinieron que el justiprecio de los terrenos expropiados ascendía a 7.244.895 pesetas; pericialmente se acepta en la instancia que el valor del vuelo representa el 43 por 100 del total, lo que supone una cifra de 3.115.304 pesetas, correspondiente a los aprovechamientos, que, como bienes comunales, pertenecen registralmente a los pueblos de Arechavaleta, Gardelegui, Lasarte y, en parte, a Ascarza de Alava y Arrieta del condado de Treviño; en autos figura la renuncia formal, respecto a esta participación, efectuada por las Juntas Administrativas de Lasarte, Ascarza de Alava y Arrieta, luego quedan como únicos participantes las Juntas Administrativas litigantes. La Ley de Régimen Local define los bienes comunales, como aquellos de dominio municipal, cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a la comunidad de los vecinos, entendiéndose por tales los clasificados como cabezas de familia y los simples vecinos, según se especifica en los artículos 43, 44, 47 y 187 de la referida Ley, y en el artículo 5.º del Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1955; así pues, el criterio de distribución de la cifra en que se han valorado los aprovechamientos del trazo de monta que se pierden a consecuencia de la expropiación, debe estar en proporción al número de los beneficiarios en exclusiva de este bien comunal, debiendo repartirse entre las partes litigantes el total importe tasado, en función del número de cabezas de familia y de vecinos, que figure en sus respectivos padrones municipales, ya que individualmente cada uno de ellos resulta perjudicado; y como este dato no consta en los autos, se deja la fijación definitiva de la distribución para el trámite de ejecución de sentencia Las razones expuestas conducen a la estimación de este último motivo, y a la casación y anulación parcial de la sentencia recurrida en este único extremo, confirmándola en el resto, y con la preceptiva declaración de que, respecto a las costas de este recurso, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.

R. DE A.

MODERACION JUDICIAL DE LA INDEMNIZACION (ART. 1.103 DEL CODIGO CIVIL): FACULTAD DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1989).

Amparado en la causa quinta del artículo 1 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero de los motivos denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba con cita, como artículos infringidos, del 1.248 del Código Civil y 659 de la antes expresada Ley procesal, así como la del 1.243 del Código Civil y 609 y 632 de esta última propia Ley: mas como el primero de los citados preceptos remite, cuando se refiere a la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como al igual, el expresado 1.243, esta vez respecto a la prueba pericial, remite el valor de esta prueba a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es evidente que ni uno ni otro

precepto pueden ser invocados, a los efectos de este primer motivo como infringidos; y como por lo que respecta al 659, referente a la prueba testifical, establece que a los Jueces y Tribunales corresponde aplicar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, que tanto equivale dejarla a su prudente y racional criterio y como, según se razona en la sentencia apelada en relación a los hechos probados, se ha servido del conjunto de las actuaciones, en especial de las diligencias practicadas en vía penal, informes de la inspección de trabajo y del perito que dictaminó en autos, por lo que no cabe atribuir a las declaraciones de los testigos un valor o preferencia acusado, sino la que le puede corresponder al relacionado con todo ello, no cabe decir no se ajusten a dicho prudente criterio y consecuentemente haya sido infringido tal precepto; otro tanto puede aducirse, descartado el artículo 609 citado, puesto que relativo al cotejo de letras es ajeno a las pruebas de autos, del artículo 632, puesto que al igual que en el 659, los Jueces y Tribunales apreciaron la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, de ahí que, conforme a reiterada doctrina de esta Sala al ser la prueba de peritos de la libre apreciación del Tribunal de instancia, no puede ser impugnada en casación, salvo que fuere arbitraria, ilógica, absurda, por contraria a esa sana crítica que al separarse de ella permite ser impugnada en casación y como nada de esto aparece en las conclusiones a las que llega el juzgador como resultado de la apreciación de aquel conjunto, en el que el informe pericial no era sino un elemento más a relacionar, tampoco cabe decir que dicho artículo haya sido infringido; y es que en verdad una vez más, tras el largo razonamiento con el que se pretende justificar el motivo, no haya sino un marcado intento de hacer prevalecer el particular criterio, subjetivista e interesado del recurrente sobre el imparcial, y por ello más elevado del Tribunal sentenciador, y como ello no cabe en casación en que si bien en el error probatorio de «hecho» puede ser evidenciado a través de un documento, tratándose del de «derecho» no ha de deducirse sino a a través o como consecuencia de la infracción del correspondiente artículo determinante de su valor probatorio, y como esto no es así, el motivo ha de ser desestimado

Con el mismo amparo que el anterior, el motivo segundo denuncia la infracción de los artículos 1.092 y 1.093, en relación con el 1.596, todos ellos del Código Civil, pero referido el primero a las obligaciones civiles que hacen de los delitos o faltas, las que se dicen se regirán por las disposiciones del Código Penal; el segundo, a los que derivan de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, no penados por la Ley remitidos a las disposiciones del capítulo II del título XVI, y el tercero, a la responsabilidad del contratista por el trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra, resulta un tanto confuso, al tener en cuenta los hechos declarados probados por la sentencia, el entender cómo resultan infringidos; es cierto que en verdad no obstante aquella cita, se centra la cuestión en orden al artículo 1.903, para después hacer recaer la responsabilidad en la empresa, no demandada, que había reparado el camión-grúa al alegar que dicho camión no había sido entregado a «Imes, S. A.», al tiempo de la maniobra causa del accidente, como haberse realizado ésta en un solar contiguo al taller que había reparado el camión; pero, como según se declara demostrado, el vehículo que había sido reparado «quedó terminado, probado y apto para su funcionamiento» en la mañana del día del suceso, siendo por la tarde cuando el conductor habitual del mismo, Juan José Luis V., se personó en el taller y quiso probar una vez más la pluma, y, tras invitar a varias personas presentes a subir a la plataforma o canasta, haciéndolo únicamente Carlos B., y

manipulando lo necesario V., al alcanzar la pluma un determinado ángulo retrocedió y se proyectó contra el suelo con gran violencia, provocando la muerte de ambos ocupantes; de igual manera se dice en la sentencia recurrida «que el señor B. no realizó maniobra alguna de tipo mecánico en el interior de la cesta existente al final del segundo brazo de la grúa, limitándose a subir a la misma, junto con el señor V., quien habitualmente la maneja y que lo hizo también en la ocasión de esta litis, por lo cual ningún atisbo de culpa puede encontrarse en su proceder, estando acreditado que la caída se produjo por haber pasado el segundo brazo de la grúa la posición vertical, no estando alineada con el primero, maniobra incorrecta»; no es, pues, que el juzgador se olvide de aquella reparación llevada a cabo, pero queda totalmente al margen en el campo obligacional al que dio lugar a la culpa o negligencia del que fuera su conductor habitual del vehículo; se da consecuentemente la paradoja de no haber sido demandado quien, según el recurrente, oculta el verdadero responsable del accidente, sin que éste solicitare su presencia en la litis; por todo ello el motivo ha de se desestimado.

También, bajo el mismo amparo que el de los anteriores, el motivo tercero, último del recurso, denuncia la infracción del artículo 1.103 del Código Civil y la jurisprudencia interpreta que el mismo, entre la que se destaca la Sentencia de 15 de diciembre de 1984; según dispone dicho artículo: «La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos»; pues bien, tal como tiene declarado reiterada doctrina de esta Sala, dicha facultad moderativa que no es de ejercicio arbitrario ni discrecional, puesto que, conforme se dice, lo ha de ser «según los casos», quedando éstos a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, cuestión ésta que no es susceptible de casación, puesto que no está sujeta a regla alguna, quedando, pues, el prudente arbitrio de dichos Tribunales, y es que en verdad, si se pone en relación con los dos artículos anteriores, lo que se trata en éste es de poner en relación la cuantía de la prestación con la graduabilidad de la culpa —dolo, negligencia, morosidad—, y de ahí que dicha facultad no sea reversible en casación; en el caso de autos, en la sentencia recurrida, se plantea el ejercicio de tal moderación, y analizados los hechos y circunstancias concurrentes y aquellos casos a los que se refiera el invocado precepto llega a la conclusión que la misma no es procedente al supuesto enjuiciado, por lo que no cabe decir haya infringido tal precepto; pero es que, según el propio recurrente el que se refiere a la concurrencia de culpa, quiere atribuir al señor B. cierto grado de responsabilidad, hasta el punto de afirmar que hubiera podido evitar el fatal accidente, haciendo en ello estribar la justificación de la pretendida moderación, pero como ello queda sólo en el razonamiento del motivo, teniendo en cuenta además cuanto ha quedado expresado, ha de ser desestimado.

R. DE A.

TERCERIA DE DOMINIO. FALTA DE EMBARGO SOBRE LAS FINCAS RECLAMADAS (ERROR DE HECHO: NO EXISTE) (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1989).

Don Agustín B. S., don Jesús L. L. y don Antonio B. M. promovieron tercería de dominio, en el Juzgado de Primera Instancia de Andújar, contra la entidad mercantil «Mestanza, S.L.», en concepto de ejecutada, y los ejecutantes, don

Adriano A. P., don Manuel M. G., don Cristóbal C. M., don Juan L. F., don Pedro G. G., don Angel E. G. y don Tomás G. M., y ello en base a los siguientes antecedentes, expuestos en síntesis: 1.° Los actores, señores B. L., adquirieron, solidariamente, de los Bancos Exterior de España y Español de Crédito el conjunto urbano denominado «Fábrica Miranda», situado en Andújar, para ser destinado a la construcción. 2.° La entidad «Mestanza, S. L.», entró en negociaciones con los citados actores sobre la adquisición de una parcela o fracción del solar, formalizándose, en 5 de septiembre de 1978, un contrato de compraventa de 1.450 metros cuadrados de solar, sin que se recibiera cantidad alguna y si sólo sesenta letras de 79.990,28 pesetas cada una, firmadas en blanco por los componentes de la sociedad, para pagar en plazos mensuales durante cinco años y con el compromiso de que la escritura se otorgara a la compradora, «Mestanza, S. L.», o a la persona que se designara. 3.° Como «Mestanza, S. L.», no podia hacer frente al pago de las letras, decidió vender a don Rafael S. C. una fracción de terreno de 650 metros cuadrados, entregando a cuenta 600.000 pesetas, teniendo lugar la venta en 21 de octubre de 1978, pero con posterioridad se llegó a un acuerdo de dejar sin efecto el compromiso y que la sociedad devolviera al señor S. aquella cantidad, una vez pudiera realizar la venta del terreno. 4.° «Mestanza, S. L.», entró en negociaciones con otro comprador, el actor señor B. M., llegando al acuerdo de venderle 900 metros cuadrados, pero el contrato, de fecha 21 de agosto de 1979, fue suscrito, por autorización expresa de la sociedad, por los señores B. y L., quienes recibieron la suma de 4.070.680 pesetas, destinándose 600.000 al señor S. y 3.470.680 a cuenta de la venta de la parcela de 1.450 metros cuadrados, de la que se segregaron los 900 metros cuadrados. 5.° Por conveniencia de «Mestanza, S. L.», se interesó de los componentes de la urbanización «Fábrica Miranda» se hiciera la liquidación definitiva, compensaran las deudas y finiquitara la cuenta, y practicada la liquidación, el terreno quedó distribuido en: 900 metros cuadrados para el señor B., 268 metros cuadrados para «Mestanza, S. L.», y 282 metros cuadrados, fueron devueltos a los señores B. y L. 6.° En la Magistratura de Trabajo de Jaén se siguió procedimiento 1.818/1979, al que se acumularon otros, contra «Mestanza, S. L.», por salarios y despido, en el que se embargó la parcela total que, en principio, se vendió a dicha sociedad. En el juicio de tercería, el único demandado que compareció, para oponerse, fue don Manuel M. G.

El Juzgado dictó sentencia estimatoria de la tercería, en 1 de octubre de 1984, y declaró, consecuentemente, que la finca embargada por Magistratura número 2 de Jaén, en fecha 5 de diciembre de 1980, parcela de terreno del término municipal de Andújar, de 1.450 metros cuadrados, pertenece en dominio: a don Antonio B. M., la parcela de 900 metros cuadrados de extensión, quedando delimitada entre la carretera N-IV, el camino de la Alameda, la calle «C» y parcela propiedad de «Mestanza, S. L.», que tiene una extensión de 268 metros cuadrados, y a los señors B. S. y L. L., promotores urbanizadores, la parcela de 282 metros cuadrados, quedando delimitada entre la anterior de «Mestanza, S. L.», el camino de la Alameda, la calle «C» y parcelas adquiridas por terceras personas ajenas a la litis, levantando el embargo respecto a los mismos y quedando a su disposición, condenando a los demandados conforme a este pronunciamiento, sin hacerles expresa imposición de costas. En el trámite del recurso de apelación interpuesto por el demandado señor M. G, la Sala Primera de lo Civil de la excelentísima Audiencia Territorial de Granada, por Sentencia de 8 de octubre de 1987, procedió a revocar la del Juzgado, con el pronunciamiento del siguiente tenor literal: «Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia

dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Andújar, debemos declarar y declaramos que al no existir embargo sobre los bienes exhibidos por los terceristas, no ha lugar a hacer declaración dominical alguna respecto de los mismos para lograr el levantamiento de una traba inexistente sobre ellos; todo ello sin hacer mención especial de las costas causadas en ambas instancias». Y contra esta segunda resolución se recurre en casación por el referido apelante, a través de cinco motivos a tenor de los números cuarto y quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primero de los motivos del recurso se ampara en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar haber incurrido la sentencia del Tribunal *a quo* en error al apreciar la prueba, consistente, en opinión del recurrente, en que: «En dicha sentencia, sin base en documentos o pruebas de otra naturaleza se viene a consignar como hecho probado o base de las ulteriores argumentaciones jurídicas que, durante el tiempo de paralización de la tercería hasta el emplazamiento de los demandados y personación del recurrente, desaparece el embargo de la parcela de 1.450 metros cuadrados y se practica otro embargo sobre la parcela de 268 metros cuadrados que decían en su demanda los terceristas que pertenecía a «Mestanza, S. L.», es subastada la finca, adjudicada por un millón de pesetas a los ejecutantes...». De la lectura del motivo se desprende que los documentos citados como demostrativos del presunto error, son los de los números 16 y 18 bis, acompañados con la demanda, que reproducen, por copia, las providencias de 5 de diciembre de 1980 y 2 de febrero de 1981, recaídas en los autos 1.818/1979 y acumulados de la Magistratura de Trabajo número 2 de Jaén, y en las cuales, de modo respectivo, se hace referencia: al embargo de la mencionada parcela de 1.450 metros cuadrados y a la notificación del mismo al actor, señor B. S., entre otras personas, para que se abstenga de realizar actos de disposición sobre ella (doc. 16), y al acuerdo de sacar la parcela dicha a pública subasta para su venta, conteniendo su descripción, que también se notifica al expresado actor. También en el motivo se alude al testimonio de particulares de la ejecución del proceso laboral, incorporado a la fase probatoria como prueba documental a instancia de los actores terceristas, cuyo testimonio viene integrado, aunque no se especifique en el motivo, por los autos de 17 de julio de 1981 y 20 de septiembre de 1983, y en ellos, según el recurrente, se basan las conclusiones fácticas del hecho probado antes descrito.

La redacción del motivo resulta un tanto contradictoria en sus propios términos, pues dice no tener base en documentos o en pruebas de otra naturaleza, «el hecho que se viene a consignar como probado o base de las ulteriores argumentaciones jurídicas», para luego decir, «habiendo sentado tales conclusiones fácticas sobre la base del testimonio de particulares de la ejecución del proceso laboral incorporado a autos como prueba documental en fase probatoria» y, por otro lado, se viene a reconocer que en los considerándos segundo y tercero de la sentencia recurrida, se tuvieron en cuenta las providencias de 5 de diciembre de 1980 y 2 de febrero de 1981 y los autos de 17 de julio de 1981 y 20 de septiembre de 1983, con lo cual se está olvidando la constante doctrina mantenida por la Sala, acerca de «carecer del carácter de documentos, a efectos casacionales, aquellos que han sido incorporados a los autos y objeto de valoración e interpretación por el Tribunal de apelación». Ahora bien, al margen, y con independencia de lo expuesto, lo cierto es que no cabe la posibilidad de establecer una contraposición entre los respectivos contenidos de las providencias y autos indicados o de apreciar una incompatibilidad entre tales resoluciones, puesto que ninguno de los dos autos vino a desconocer las circunstancias relativas al embargo inicial

de la totalidad de la parcela de 1.450 metros cuadrados, y el acuerdo de sacarla a pública subasta, y lo que hicieron fue acomodar su sentido y alcance a la realidad existente al tiempo de dictarse, 17 de julio de 1981 y 20 de septiembre de 1983, es decir, al embargo y adjudicación de la parcela de extensión de 268 metros cuadrados, de la que era propietaria la sociedad «Mestanza, S. L.», y a la declaración de no hallarse nuevos bienes libres como de la propiedad de la misma, suceptibles de traba, y este acontecer del cambio o variación de las circunstancias iniciales y finales, resulta fácilmente comprensible por el juego de las fechas de las cuatro meritadas resoluciones, así como de las derivadas de la tramitación de las actuaciones, cuyo estudio revela la situación evolutiva de las incidencias que experimentó la parcela en cuestión, la que, en su fase final, fue la reflejada en los autos de referencia, y de aquí, la conclusión de no ser dable estimar erróneo el hecho probado descrito al inciarse el estudio del motivo, lo que determina, sin necesidad de mayores razonamientos, su perecimiento.

Los restantes motivos del recurso, segundo, tercero, cuarto y quinto, se acogen al ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley procesal, para alegar las infracciones de los siguientes artículos del Código Civil, todos ellos, por falta de aplicación: 1.227 (el segundo), 1.257, párrafo primero (el tercero), 1.259, párrafo primero (el cuarto) y 348, párrafo segundo, y jurisprudencia que le interpreta y aplica (el quinto). Las infracciones hechas velan en estos motivos, a excepción de la del último, se ponen en relación con los documentos números 11 y 12-A, de la demanda, esto es, los relativos a la operación de venta de 900 metros cuadrados de la parcela al señor B., que figura descrita en el antecedente cuarto del primer fundamento de la presente sentencia, pero cuanto se argumenta en torno a dicha operación, resulta de absoluta irrelevancia, toda vez que inalterados los factores del presupuesto fáctico establecido en el tercer considerando de la recurrida: «Desaparición del embargo de la parcela de 1.450 metros cuadrados, práctica de otro sobre la de 268 metros cuadrados, que dicen los terceristas pertencen a «Mestanza, S. L.», subasta de esta segunda y adjudicación a los ejecutantes y declaración de insolvencia provisional de la sociedad por no encontrarse bienes susceptibles de traba», huelga hablar de la validez y eficacia de tal contrato de compraventa frente a terceros, así como de la que pudiera atribuirse a la autorización concedida por la entidad «Mestanza, S. L.», pues, en cualquier caso, y en términos de la actualidad real, siempre se estaría en presencia de un embargo de la parcela propiedad de la sociedad ejecutada y de su posterior adjudicación a los ejecutantes, lo que origina, como correlativa consecuencia, la total pérdida de base fáctica de la tercería promovida, por no existir embargo contemporáneo sobre las parcelas correspondientes a los terceristas, cuya circunstancia produce, a su vez, la imposibilidad de obtener las declaraciones dominicales solicitadas por ellos en su demanda. Por todo ello, no es factible estimar las infracciones invocadas en los motivos, claramente inexistentes, al igual que la del quinto, por ser de aplicación al mismo las razones expuestas, que conducen, en resumen, al rechazo de plano de los cuatro motivos ahora analizados, siendo acreedora de confirmación la sentencia recurrida, por sus propios fundamentos.

R. DE A.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1989).

La sociedad «Compañía Sevillana de Electricidad, S. A.», promovió, contra la también sociedad «Eléctrica del Guadalfeo, S. A.», juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada, con base substancialmente en los siguientes hechos: *a)* Que por contratos de 18 de enero de 1983, la compañía actora, en su calidad de productora y distribuidora de energía eléctrica, se obligó a suministrar ese tipo de energía a la demandada para su distribución al pueblo de Mecina Bombarón, y su anejo del Golco y cesión a «Eléctrica San José del Río Yator» para Yator, Cojayar y Jorairatar, en uno de los contratos, y para la distribución a los pueblos de Juviels, Berchules y Cadiar y los anejos de Alcutar y Narila, en el otro, y *b)* que la sociedad demandada no ha pagado ni una sola de las facturas producidas desde la vigencia de los referidos contratos, por lo que la deuda, el mes de abril de 1984, ascendía a la cantidad de 14.408.906 pesetas, y, en razón a tales hechos, era por lo que solicitaba fuese declarada la resolución de los contratos y se condenase a la contraparte a pagar el citado descubierto, con sus intereses legales desde la interpelación judicial, así como al del importe de las entregas de energía realizadas a partir del día 1 de mayo de 1984, hasta la ejecución de la sentencia; con imposición de las costas. En el procedimiento se personó la sociedad demandada para oponerse e interesar la desestimación de la demada. El Juzgado dictó Sentencia en 22 de enero de 1985, estimatoria de la demanda, declarando resueltos los contratos celebrados y condenando a la sociedad demandada al pago de la cantidad de 14.408.906 pesetas, importe de la energía eléctrica suministrada desde el inicio del contrato hasta el 30 de abril de 1984, con sus intereses legales desde la presentación de la demanda, y al pago, asimismo, del precio de la suministrada desde el día 1 de mayo de 1984 hasta el día en que cese efectivamente el suministro, cantidad a fijar en ejecución de sentencia, todo ello sin costas Dicha resolución, en el trámite del recurso de apelación interpuesto por la compañía condenada, fue confirmada íntegramente por la Sala Primera de lo Civil de la excelentísima Audiencia Territorial de Granada, en la suya de 21 de mayo de 1987, siendo esta segunda sentencia la que se recurre en casación, a través de dos motivos formulados a tenor de los números cuarto y quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El estudio de los motivos del recurso se inicia por el segundo de ellos, ya que se ampara en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denunciarse error en la apreciación de la prueba, pretendiéndose poner de manifiesto por medio de la prueba documental practicada a instancia de la sociedad demandada-recurrente, esto es, los informes y resolución remitidos por el Servicio Territorial de Industria y Energía de la Junta de Andalucía. La lectura detenida de cuanto se dice y argumenta en el motivo, lleva a la conclusión de estar haciendo supuesto de la cuestión, al contener una serie de alegaciones y razonamientos, caracterizadas algunas como simples suposiciones, en torno a explicar el incumplimiento de la obligación de pago por la recurrente por el previo imputable a la contraparte y consistente, fundamentalmente, en el bajo voltaje e irregularidad del suministro que facilitaba. Lo dicho era causa más que suficiente para rechazar el motivo, sobre todo, cuando no se concreta el error cometido por el Tribunal *a quo*, pero en un intento de desentrañar el mismo, es oportuno reproducir el párrafo tercero del motivo: «La incorrecta prestación de la entrega de corriente por «Compañia Sevillana» al distribuidor es el punto en

que el juzgador de instancia y la Sala Territorial dicen probados, cuando por la propia Delegación Provincial de Industria se dice, muy de pasada en el anejo-registro de tensión las interrupciones habidas en el suministro, lo que sin profundizar, relata y mezcla, diciendo en el folio 180, apartado quinto, que nunca se ha instalado voltímetro en el punto de entronque». Efectivamente, en el anejo-registro de tensión de 11 de enero de 1983, que es continuación del informe de 20 de diciembre de 1982, se detallan, en relación con los resultados detectados en los voltímetros registradores colocados en Mecina Bombarón y Berchules, las horas acumuladas de interrupción de suministro, pero ello no presupone la existencia de ningún error por parte de los Juzgados de Instancia, máxime cuando tales aparatos registradores fueron colocados en las instalaciones propiedad de la sociedad demandada-recurrente y cuando en el informe de 26 de octubre de 1984 se manifiesta lo antedicho: «Nunca se ha instalado un voltímetro registrador en el punto de entronque con la «Compañía Sevillana de Electricidad, S.A.», por efectuarse la conexión en alta tensión»; por consiguiente, no cabe estimar, ni siquiera por deducción presuntiva, que las interrupciones de suministro fueran debidas a un incumplimiento imputable a la compañía actora, y sí, más bien deberse, por el contrario, a las deficiencias observadas en la línea e instalaciones de aquélla, como se desprende del resultado de la prueba documental ya indicada, todo lo cual, origina la claudicación del motivo.

El primero de los motivos, único que resta por estudiar, se acoge al ordinal quinto del meritado artículo 1 692, para alegar la infracción del artículo 1.124 del Código Civil, como así parece desprenderse de los términos de redacción del motivo, sin embargo, se llega a decir que el contenido del Reglamento de Verificaciones Eléctricas deja fuera de lugar la aplicación del artículo 1.124, «por la sencilla razón que será el propio Reglamento el que tendrá que dar la luz al juzgador sobre si la petición del actor ofrece una base clara, ya que la culpa del mismo y los efectos en la distribución posterior no se analizan». Con independencia de hacerse supuesto de la cuestión, al igual que en el otro motivo, es lo cierto que no se menciona ningún precepto concreto de ese Reglamento que haya podido infringirse por la Sala de Instancia, ni el aspecto en que lo hubiera sido, del que pudiera resultar jusrificado el claro y evidente incumplimiento del pago de la energía suministrada a la sociedad demandada-recurrente, y es cierto, asimismo, que los contratos celebrados merecen la calificación de compraventa, bajo la modalidad de suministro de la susodicha energía, tratándose, por tanto, de bilaterales o sinalagmáticos, existiendo una manifesta correlación e interdependencia entre las obligaciones de las partes: entrega continua y constante de energía en la potencia convenida y pago del precio pactado, calificación la expuesta que es coincidente totalmente con la reflejada en el segundo considerando de la sentencia del Juzgado, siendo asumida en la recurrida, y de aquí, que acreditado, como quedó, el impago del precio del suministro efectuado, la absoluta falta de prueba acerca de no haberse servido con el voltaje contratado, ello lleva a concluir que las pretensiones formuladas en el procedimiento, encajaban de lleno en el artículo 1.124 del texto civil, por lo que no es dable apreciar infracción alguna al respecto, siendo de total irrelevancia la alusión que hace el recurrente a la cláusula duodécima de los contratos, lo que determina, en definitiva y sin necesidad de mayor argumentación, la inviabilidad del motivo.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION. CUANTIFICACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: INTERESES DEL DINERO Y CONTRAPARTIDAS (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1989).

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, por Sentencia de 27 de abril de 1987, confirmando y revocado en parte la del Juzgado de Primera Instancia, declaró resuelto el contrato de compraventa celebrado el 5 de julio de 1981 y condenó a los adquirentes doña María Angustias R. L. y don José Antonio L. M. a reintegrar al transmitente, don Antonio B. D., en la posesión del piso y mitad indivisa de la plaza de garaje litigiosos, con devolución por éste de la cantidad de 2 635.000 pesetas que tenía percibidas como parte del precio, pero, entendiendo que el perjuicio para el vendedor se constreñía a no haber podido disponer de 1.665.000 pesetas que restaba por abonar desde el 30 de agosto de 1981 en que comenzó el incumplimiento de los compradores, cuantificó el daño en el interés legal de dicha suma desde tal fecha hasta la entrega de los inmuebles, lo que se habría de descontar de la cantidad a devolver.

El recurso de casación interpuesto por doña María Angustias R. L. no ataca la resolución contractual y admite que ha venido disfrutando del piso, con detrimento del vendedor por no disponer del total precio, pero, con amparo procesal en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entiende que la sentencia infringe lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101, 1.108 y 3, todos del Código Civil, que han de contemplarse al ser la indemnización dineraria, por prescindirse de que hay beneficio para el demandante y perjuicio para la recurrente, lo último porque: *a)* se le impone un alto interés por el 1.665.000 pesetas que dejó de pagar; *b)* pierde el piso, y *c)* percibe la cantidad que entregó fuertemente devaluada y con la merma del interés que de ella se detrae; y el beneficio para el actor porque: *a)* devuelve un dinero devaluado, habiéndolo utilizado durante cierto tiempo; *b)* detrae de lo percibido un interés legal muy alto en los últimos años, y *c)* recibe el piso fuertemente revalorizado, todo lo cual infringe, sigue diciendo, el artículo 3.2, dado que al aplicarse el artículo 1.108 con excesivo rigor y literalidad se le causa perjuicio. El perecimiento del motivo se produce por las siguientes razones: *a)* El actor cumplió su total obligación (entrega de la cosa) desde la firma del contrato y lo hizo, sin que quepa duda sobre ello, pensado también en el cumplimiento total de la contraprestación (pago del precio), cosa que no se produjo, de forma que al extinguirse el contrato y reponerse las cosas a su primitivo estado, mientras la compradora ha tenido un disfrute total del piso, el vendedor sólo ha disfrutado de parte del precio, y al entender la Audiencia compensadas una y otra situaciones hasta que se inicia el incumplimiento del pago del precio, prescinde de ese desequilibrio y favorece a la hoy recurrente. *b)* El vendedor no haría más que utilizar la facultad que le concede el artículo 1.124, que impone se le indemnicen los daños y perjuicios aunque opte por la resolución, si no se hubiera establecido así de modo expreso en la condición novena del contrato. *c)* Es claro que el vendedor no debe sufrir perjuicio alguno por el incumplimiento de la parte contraria, pero si ésta lo padece, sólo a su actuar es achacable. *d)* No existe una simple mora o retraso en el cumplimiento de la prestación, pues hay un propio y verdadero incumplimiento. *e)* El artículo 1.504 es una especialidad del 1.124, ambos son compatibles y son estos los preceptos aplicados y no los que se dicen infringidos. *f)* No existe perjuicio para la recurrente, pues el interés legal del dinero que se le exige es siempre inferior al que impera en el mercado libre de valores; si pierde el piso se debe a su incumplimiento, no obstante lo cual lo utilizó plenamente durante años, de forma

que el interés que ha de pagar constituye la contraprestación a ese uso; si se afirma que el interés legal del dinero es alto en los últimos años, mayor incremento experimentaron los frutos que es susceptible de producir una vivienda, cuyo cálculo sería injusto realizar sobre el precio de arrendamiento en el momento de contratar más los simples incrementos legales, debiendo, por el contrario, valorarse la renta cual si se contratase cada año. *g)* Si es cierta la revalorización de los inmuebles, no lo es menos que el paso de nuevo a viejo produce una disminución de valor. *h)* No hay, pues, falta de equidad o ponderación al aplicar la norma, pues lo que ocurre es que ésta sólo contempla los daños y perjuicios del cumplidor, no de quien incumple, que recibe un verdadero trato de favor en el artículo 1.504, en relación con la regla general del 1.124; y en el caso concreto que nos ocupa tampoco le perjudica el cálculo de daños y perjuicios que realiza la Audiencia.

R. DE A.

TERCERIA DE DOMINIO: SIMULACION ENTRE LA TERCERISTA Y EL ESPOSO EJECUTADO. ERROR DE HECHO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

La sentencia dictada por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia de Madrid que, al confirmar la apelada procedente del Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de la capital, declaró no haber lugar a la demanda de tercería deducida por la recurrente, doña María Teresa M. G., contra su esposo, a la vez que contra «Leasing Ibérica de Servicios» (LISEAT), y «Autos Begoña, S.A.», es impugnada por aquélla articulando, al efecto, cuatro motivos de casación, denunciando, en primero de ellos, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia de error en la apreciación de la prueba en la instancia, y en los otros tres, articulados bajo el número quinto del citado precepto procesal, infracción de los artículos 1.111, inciso segundo, del Código Civil, en relación con el 1.291, párrafo tercero, del mismo cuerpo legal, así como del 1.261-1.° del propio ordenamiento y, por último, de la jurisprudencia relativa al litis consorcio pasivo.

Gravitando la conclusión desestimatoria de la sentencia impugnada, en el acogimiento de la oposición formulada por la entidad demandada, ejecutante en el proceso del que derivó la tercería, conclusión a la que se llega, tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por el Tribunal de apelación, a través de un proceso presuntivo utilizado ante la falta de prueba directa en una materia, como la de simulación absoluta, en la que, de ordinario, los interesados ocultan cuidadosamente su actuación, evitando cualquier filtración al exterior, circunstancia acertadamente subrayada en el de instancia, la recurrente orienta el recurso intentando, en el primer motivo, destruir la situación de hecho establecida en la resolución que impugna como base de la presunción, citando, con tal designio de acreditar la errónea fijación de hecho, un contrato de arrendamiento a un tercero de uno de los locales embargados, el situado en el número 12 de la calle General Ampudia de esta capital, en demostración de que «el marido de la tercerista —dice el recurrente— nunca ha sido arrendatario del local», expresión que, aparte dejar sin explicación alguna el contenido y desenvolvimiento de la

cláusula 22 del propio contrato, según la cual el arrendatario que en él figura manifiesta «que lo hace en interés y por cuenta de una sociedad que en un unión de otras personas proyecta constituir», está abiertamente contradicha por el propio esposo (ejecutado) de la tercerista que, ante Notario público, hizo constar, en 15 de diciembre de 1981, su renuncia «al contrato de alquiler que tiene con la Urbanizadora Metropolitana de Madrid en el local de la calle General Ampudia, 12 (garaje), cediendo sus derechos de alquiler a doña María Teresa M. B.», y en el mismo inestimable caso el otro documento que, con el mismo afán de acreditar el error de hecho, señala la recurrente, consistente en certificación de la propiedad relativa al arriendo, a la tercerista, de los locales igualmente embargados en el procedimiento ejecutivo que se sigue conta su esposo, sitos en las calles Beatriz de Bobadilla, General Ibáñez Ibero y General Ampudia, respecto de los cuales obran igualmente en autos documentos de sentido contrario y similar manifestación ante Notario, del marido contra el que se actúa el procedimiento ejecutivo del que la tercería nace. De modo que con lo expuesto hay sobrados elementos de juicio para estimar la irreprochable declaración de hechos de que parte la Sala de Instancia, haciendo claudicar el motivo en que se combaten, el cual se formula sin considerar que, los documentos de apoyo, han de figurar en autos «sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», exigencia esta del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que está muy lejos de suceder en el presente caso, como es visto.

Los motivos segundo y tercero, en lo que al amparo del número quinto de la Ley procesal civil, se denuncia, respectivamente, la inaplicación en la instancia del artículo 1.111 del Código Civil y apartado primero del artículo 1.261 del mismo ordenamiento, son arrastrados al perecimiento por la claudicación del precedente, en el que se apoyan según la expresada constancia hecha en su desarrollo Porque, en efecto, en uno y otro se hace supuesto de la plena eficacia, frente a la entidad ejecutante, de la titularidad que, a su favor, exhibe la tercerista con base en los documentos de arrendamiento propios y en la negación de los títulos del esposo ejecutado, documentos aquellos que han quedado en la situación de inhabilidad para el fin propuesto de que, líneas atrás, se hace mérito abundando en los razonamientos de instancia, plenamente acogibles y de innecesaria reiteración, así como en los que, más arriba, figuran expuestos con la observación, que es oportuno hacer, de que, sobre la normativa del artículo 7.1 del Código Civil, cuya cita no es ociosa, dadas las circunstancias que concurren en la conducta enjuiciada en el pleito, permanece invariable la presunción de simulación absoluta establecida por la Sala sentenciadora, no sólo por la pervivencia del hecho base, sino, también, por la corrección del enlace directo, ni siquiera cuestionado en el recurso, entre el mismo y aquella deducida simulación cuya presencia es conceptualmente excluyente de los invocados artículos 1.111 y 1.261.1.º del Código Civil.

No mejor destino merece el último de los motivos de casación en el que se aduce la inaplicación en la instancia de la doctrina legal relativa al litis consorcio pasivo, con olvido de que esta situación sólo es planteable en función de la finalidad de impedir que resulten directamente afectados por la resolución del caso quienes no fueron oídos y venidos en juicio o con la de prevenir la eventualidad de sentencias contradictorias (Sentencias de 27 de junio, 14 de noviembre y 4 de julio de 1986), supuestos ambos que en este proceso no se dan una vez patente que, argumentada la simulación de las relaciones jurídicas entre los cónyuges, como excepción frente a la demanda de tercería interpuesta por la esposa en el juicio ejecutivo seguido contra el marido, la esfera de intereses en

que se mueve la demanda y, por supuesto, la sentencia estimatoria de la excepción opuesta, en nada afecta a las relaciones jurídicas con terceros como titulares de contratos cuya anulación ni se ha pedido ni, consiguientemente, declarado (Sentencias de 22 de abril, 30 de octubre y 29 de diciembre de 1987), de modo que como, con todo acierto una vez más, declara el juzgador de instancia, la simulación no ve más allá de la relación entre los esposos, ni sirve más que de argumento para enervar la eficacia de la pretensión de tercería actuada por la demandante.

R. DE A.

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE DE CREDITO: CONCEPTO. CREDITOS SALARIALES (NO SUSCEPTIBLES DE SUBROGACION) (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1989).

Por la Tesorería General de la Seguridad Social se formuló demanda sobre tercería de mejor derecho frente al «Banco Hispano Americano, S.A.», y «La Industria y Laviada, S.A.», en suspensión de pagos, y Comisión Liquidadora, alegando la preferencia del crédito que ostenta contra la «La Industria y Laviada, S.A.», respecto del reclamado por el «Banco Hispano Americano, S.A.», en los autos de juicio ejecutivo seguido con el número 175/1984 ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón; la Audiencia Territorial, estimando el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, reconoció la preferencia de su crédito por importe de doscientos cincuenta y dos millones ciento noventa y nueve mil cuatrocientas treinta y una pesetas sobre el ostentado por el «Banco Hispano Americano, S.A.».

El primer motivo del recurso formulado por el «Banco Hispano Americano, S.A.», al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «denuncia infracción del artículo 1.211, en relación con el 1.212, ambos del Código Civil, en cuanto a la subrogación del «Banco Hispano Americano, S.A.», en los créditos salariales de los trabajadores de «La Industria y Laviada, S.A.», con los mismos privilegios que éstos tuviesen». La subrogación por voluntad del deudor y sin consentimiento del acreedor que, con carácter excepcional, regula el artículo 1.211 del Código Civil exige la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* Un contrato de préstamo documentado en escritura pública por el que el deudor recibe el dinero destinado al pago de su deuda; *b)* constancia en la escritura pública del propósito de destinar el dinero objeto del préstamo a esa finalidad, y *c)* expresión en la carta de pago de la procedencia de la cantidad pagada. De ahí que la primera cuestión que surge del motivo examinado, es determinar la calificación jurídica que merece el convenio suscrito entre el Banco recurrido y «La Industria y Laviada, S.A.», en las escrituras públicas otorgadas en 12 de noviembre de 1982 y 10 de junio de 1983; como resulta de la propia literalidad de los documentos notariales citados, y así lo reconoce el propio Banco en el hecho segundo de su contestación a la demanda, nos encontramos ante un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, contrato que, como dice la Sentencia de 12 de junio de 1976, «aunque aludido en el número séptimo del artículo 175 del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza en nuestro ordenamiento positivo, hasta que lo introdujeron en él las

sentencias de esta Sala que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 25 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936», y que se define por la doctrina como «contrato por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente», concepto sustancialmente coincidente con el acogido en la Sentencia de 1 de marzo de 1969 al transcribir el artículo 439 del antiguo Código de Comercio para Marruecos; tal contrato, de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral, por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario. En consecuencia, falta el primero de los requisitos exigidos por el artículo 1.211 del Código Civil para la subrogación que en él se regula, precepto de interpretación restrictiva dada su excepcionalidad, no siendo idóneo para sustentar esa sustitución del sujeto activo de la relación obligatoria al amparo del citado artículo 1.211, el contrato de apertura de crédito entre el «Banco Hispano Americano, S. A.», y «La Industria y Laviada, S. A.», ya que no se produjo el hecho de haberse «tomado prestado el dinero» como exige el texto legal con indudable referencia al contrato de préstamo, sino la concesión de crédito por el Banco en la cuantía pactada, sin que la disponibilidad característica de la apertura de crédito pueda equipararse a la entrega del dinero en el préstamo.

Por otra parte, tanto el artículo 1.212 del Código Civil, al disponer que, por efecto de la subrogación, el crédito se transfiere con los derechos a él anexos, como su homólogo el artículo 1.528, al decir que «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio», han sido interpretados por la doctrina en el sentido de que la transmisión de los privilegios unidos al crédito sólo se produce respecto a aquellos que nacen o se deriven de la naturaleza o causa del crédito, o de título formal en que consta, no de los que sean de naturaleza personal; por ello, y a mayor abundamiento, la subrogación en que se apoya el Banco recurrente no hubiera producido la transmisión del derecho de preferencia o privilegio que a los créditos salariales otorga el artículo 32, párrafos primero y tercero del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1989, de 10 de marzo, dado su carácter estrictamente personal, fundado, como dice la Sentencia de 27 de octubre de 1983, en «evidentes argumentos de protección social, que toman en cuenta la debilidad del asalariado, la cobertura de cuyas más perentorias necesidades se vería muy dificultada y hasta imposibilitada de no serle concedido este singular privilegio rotundamente proclamado por el legislador»; intransmisibilidad que viene reconocida, a *contrario sensu*, en el propio Estatuto de los Trabajadores que, en su artículo 33.4, párrafo segundo, establece que «para el reembolsos de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley», de donde se deduce que la subrogación de otra persona que no sea el Fondo de Garantía Salarial no transfiere el repetido privilegio, pues, en otro caso, no hubiera sido necesaria la atribución expresa al Fondo de Garantía. Por todo ello, no resultan infringidos por la Sala de Instancia los preceptos legales que se citan en cada uno de los dos motivos en que se articula el recurso, que deben ser desestimados, y con ello el recurso en su integridad, con imposición de las costas del mismo a la parte

recurrente, a tenor del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que proceda hacer declaración sobre depósito al no haber sido precisa su constitución por no ser conformes las sentencias de primera y segunda instancia.

R. DE A.

OPCION DE COMPRA: FALTA DE POSESION POR EL TERCER OPTANTE. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS: NO PROCEDE (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1989).

La sentencia impugnada desestima la demanda, en la cual el hoy recurrente pretendía el pago, por parte del demandado, de la cantidad de 5.000.000 de pesetas como precio de opción de compra de un local y negocio de sala de fiestas, más las cantidades representadas por elementos que fueron entregados, bajo inventario y no devueltos por el optante y daños causados en el local, mientras estuvo bajo su posesión (desde el 1 de junio de 1984 hasta primeros de abril de 1985). El fundamento básico de la desestimación consiste en la declaración de que, al momento de la entrega, el negocio no podía tener actividad por falta de las necesarias licencias administrativas y que, en realidad, el local y negocio no estuvieron nunca en posesión del optante, sino de un tercer intermediario.

El primer motivo del recurso que, como toda su fundamentación, se ampara en el artículo 1 692-5.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción del artículo 1.258 del Código Civil, en cuanto, formalizada la opción de compra, por un plazo de dieciocho meses, la octava cláusula contractual obligaba al optante a la realización de obras, hasta 5.000.000 de pesetas, obras que, si no se consumaba la opción, quedarían en beneficio del propietario-concedente y podrían significar el precio de la opción. Sin embargo, la Sala sentenciadora, dentro de sus potestades, en orden a la interpretación de los contratos (Sentencias de esta Sala de 17 y 24 de mayo de 1988, entre otras), establece: A) Que no consta con claridad que, en cualquier caso, se fijase un precio de la opción que pudiera entenderse pagado en obras o en metálico; B) que consta, en cambio, la finalidad del contrato, como base del negocio, en la posibilidad de explotación de la actividad comercial de sala de fiestas, ratificada por posterior escrito reconocido por el actor concedente, de modo que la efectividad de las prestaciones se condicionaba a la realidad de la explotación y como aparece demostrado que, en el momento contractual, los requisitos para la actividad, desde el punto de vista administrativo, no se cumplían, no se produjo el nacimiento de la obligación, por parte del optante, de realizar obra alguna ni, consiguientemente, de pagar al concedente su importe en metálico (Sentencias de esta Sala 6 de mayo de 1987, 7 de enero, 9 y 29 de febrero y 29 de abril de 1988, entre otras).

El motivo segundo aduce la infracción del artículo 1.561 y el motivo tercero, la del artículo 1.563 del Código Civil. Se ha de partir de la base de que la sentencia no niega que faltan elementos del inventario, tasados, en el proceso, pericialmente, por un valor de 2.750.000 pesetas y que existen daños estimados en la cantidad de 4.500.000 pesetas, aunque la demanda fija, por estos conceptos, la cuantía de 5.350.000 pesetas, pero la sentencia que se impugna niega la indemnización por los objetos desaparecidos y por el deterioro del local, no porque considere inapli-

cables las normas citadas, sino porque falta su base de hecho, puesto que no consta que la desaparición y los desperfectos tuvieran lugar cuando el optante tenía, mediata o inmediatamente, la posesión del local o bien después de haber entregado sus llaves al concedente, al desistir del negocio, ya que estos hechos fueron denunciados quince días después de la devolución de las llaves. Falta el fundamento del hecho básico: la posesión del optante cuando se produjo el daño patrimonial de los bienes objeto de opción y sin esta base no son aplicables las normas citadas coherentes con el artículo 1.094 del Código Civil, puesto que la carga de la prueba puede pesar sobre el poseedor, pero para establecerla debe quedar claro quién lo es, lo que no ocurre en este caso.

R. DE A.

CONGRUENCIA: RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y GARANTIA HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1989).

Dictada sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Valencia por la que, al acoger parcialmente la apelación interpuesta contra el Juzgado de Primera Instancia de Villena a la que se contrae, confirmó ésta, con la salvedad de «conceder validez a la escritura de 28 de junio de 1985, en lo que al reconocimiento de la deuda se refiere», contra dicha sentencia se interpuso, por la sociedad demandante, «Círculo Agrícola y Mercantil», de Villena, recurso de casación, articulando, al efecto, tres motivos, dos de ellos —ordinales primero y tercero— bajo el amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en denuncia de haber sido infringida la doctrina legal que cita en orden a los efectos que produce la declaración de nulidad, y el párrafo segundo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y acusando el desarrollado en segundo lugar, acogido al número 3 de este precepto de la Ley procesal civil, haber incurrido, la sentencia de instancia, en incongruencia, con infracción del párrafo primero del artículo 359 de esta misma Ley.

El examen de este último motivo —ordinal segundo— de preferente atención dada su naturaleza y alcance, conduce a su rechazo, ya que manteniéndose en él que la falta de postulación de los interesados acerca del extremo de la escritura de 28 de junio de 1985 que la sentencia impugnada declara válido, esto es, el particular de la misma «que al reconocimiento de la deuda se refiere», como dice la Sala de Instancia, significa incongruencia, esta afirmación del recurrente, no sólo olvida que el tema reconvencional no necesita ser «clara y explícitamente introducido» en el debate por los demandados, como el motivo quiere, ya que la doctrina, a la vez que viene admitiendo una reconvención implícita, niega la incongruencia respecto de los pronunciamientos complementarios, bien surjan de las propias alegaciones de las partes o sean precisiones o aportaciones probadas (Sentencias de 19 de enero de 1984 y 27 de abril de 1988), sino que la tesis del motivo es inviable, principalmente por la, bien poderosa razón, de que el acotamiento o precisión, en la sentencia de apelación, del alcance que tiene la declarada nulidad de la escritura pública de 28 de junio de 1985, en cuanto el dar validez al reconocimiento de deuda que contiene limita los efectos de la nulidad a la de la hipoteca en ella formalizada, no hace sino ceñirse, con toda congruencia, a los términos del suplico de la demanda, en la que la entidad actora pidió la

declaración de nulidad de la repetida escritura «referente a la hipoteca inmobiliaria de la finca inscrita al libro 470 de Villena, folio 107, finca número 29.234, inscripción quinta», con la consiguiente cancelación registral y, precisamente, esta declaración, tan concretamente solicitada, es la que subsiste después de la sentencia de apelación, cuya alteración, sobre lo dicho en la de primera instancia, no hizo sino puntualizar el contenido de ésta en función, como se dice, del *petitum* de la demanda que, en modo alguno, alcanzó al particular del reconocimiento de deuda que como específico otorgamiento «primero» hizo, ante el fedatario, el presidente del «Círculo Agrícola y Mercantil», antes del otorgamiento que, «en garantía de pago» se hizo, seguidamente en la misma escritura, bajo otorgamiento distinto rubricado «segundo». De modo que pedida la nulidad de la tan repetida escritura «referente a la hipoteca inmobiliaria» constituida y la correlativa cancelación de los asientos registrales, la sentencia, que deja a salvo, se insiste, otra estipulación especificada en el propio documento, no puede ser impugnada ni a título de incongruente ni bajo el argumento de que, la declaración de nulidad debe alcanzar al total contenido de los derechos documentados en el mismo instrumento porque —y con ello se está rechazando también el primero de los motivos del recurso— ni en la escritura —redactada con la claridad y separación que impone el artículo 176 del Reglamento Notarial— ni en la declaración de los interesados aparecen inescindiblemente unidos el reconocimiento de lo debido y la constitución de la garantía para el pago, ni hubo petición de nulidad, en bloque, del contenido del documento, ni la doctrina que se cita en este primer motivo es del caso, ya que aquí no se trata de que se haya anulado un contrato y se pretenda, a la vez, la subsistencia de sus efectos, como parece indicar el motivo en examen, ya que el reconocimiento de la deuda, cuya existencia y validez no han sido objeto de este proceso, es un cosa y otra bien distinta la garantía real establecida tal y como aparecen con claro deslinde en el documento notarial cuestionado, sin que, por otra parte, tampoco la sentencia de primera instancia venga a sentar cosa distinta si se advierte que, literalmente, declara la nulidad de la «escritura de hipoteca otorgada el 28 de junio de 1985».

R. DE A.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO (HA LUGAR). SIGNIFICADO DE LA EXPRESION «VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO» (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1989).

Comenzó la litis de que dimana este recurso de casación con demanda en que la entidad «Urbanizaciones Benisa Construcciones, S. A.» (URBECO), reclama a los demandados, actuales recurrentes, el cumplimiento de elevar a escritura pública la tercera parte indivisa de un solar, que deberán dejar totalmente desocupado, con el fin de construir en él la demandante unas edificaciones de las que los demandados habían de recibir, en compensación de la cesión de su parte del solar, ciertos locales en la planta baja. Los demandados, actuales recurrentes, al contestar la demanda formularon reconvención implícita en la que sustancialmente pidieron se declarara que los mismos habían cumplido su prestación de entrega previa del solar y su complemento de proyecto de construcción, licencia municipal de obra y demás derechos y permisos necesarios para poder construir.

La sentencia recaída en primera instancia desestimó la demanda, por entender esencialmente que mientras los demandados habían cumplido su prestación, la demandante incumplió la suya, y estimó la reconvención, declarando resuelto el contrato de construcción tras el requerimiento fehaciente de 3 de marzo de 1982. Apelada la sentencia, el Tribunal de apelación estimó parcialmente también los pedimentos de la demanda y la contestación, pero si bien reconoce que los ahora recurrentes cumplieron íntegramente su prestación inicial de entrega del terreno, les condena al otorgamiento de la escritura pública de tal cesión, y justifica en alguna forma el hecho reconocido de que la entidad ahora recurrida no cumpliera la prestación a que se comprometió.

Antes del examen de los motivos de casación que formulen los demandados, don Antonio I. L. y su esposa, doña Josefa P. A., conviene fijar la atención en los hechos básicos de la sentencia recurrida, principalmente los siguientes: *a)* Los demandados entregaron en el tiempo convenido y en lo que tenían disponible el terreno, el proyecto de edificación según las normas urbanísiticas, a la sazón, vigentes y los permisos correspondientes, incluida la licencia municipal de obras; *b)* en cambio el incumplimiento del contrato, según se declara en el fundamento de Derecho tercero, es imputable a la cesionaria o adquirente del solar, del proyecto y de los permisos y licencia, «no efectuando la obra por falta de medios económicos»; *c)* la licencia en cuestión se notificó el 18 de diciembre de 1976, y fue prorrogada por el plazo de un año a partir de la sesión municipal extraordinaria del Ayuntamiento Pleno de Teulada, que la acordó (27 de noviembre de 1978), para la terminación completa de las obras, sin que, llegado el 2 de octubre del año siguiente 1979, «se hubiera llevado cabo actividad importante alguna en orden a la construcción», y a partir de entonces el Ayuntamiento negó el llamado marcado de líneas o señales, lo que fue denegado «por haber caducado la concesión de la licencia anterior, a cuya denegación se aquietó la entidad ahora recurrida «Urbeco»; *d)* como hecho probado consta, pues, que la recurrida demoró la iniciación de las obras en más de dieciocho meses; *e)* posteriormente, al variar las circunstancias urbanísticas que hicieron no viable la posibilidad de prórrogas de licencia ni la concesión de otras, y consiguientemente obstaron, en definitiva, a que la recurrida cumpliera la prestación convenida, mientras que su contraparte cumplió íntegramente lo que cabía exigirle, tal como declararan ambas sentencias de instancia.

El primero de los motivos del recurso plantea una cuestión de hecho, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en error en la apreciación de la prueba documental apoyada en instrumentos que la Sala de Instancia tuvo en cuenta (prórroga de la licencia de obras, inexistencia de actividad alguna por parte de la recurrida en 2 de octubre de 1979, caducidad de la concesión de licencia y denegación de la solicitud de tira de líneas). Al haber sido todos estos documentos objeto de interpretación por la sentencia recurrida, el motivo ha de fracasar, según reiterada doctrina jurisprudencial, ello aparte de tratarse de documentos de carácter administrativo, ineficaces en general a efectos de acusar error de hecho en la apreciación de la prueba.

En cambio, ha de ser estimado el motivo segundo, que, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, «porque se ha producido de modo evidente un incumplimiento de obligación en contrato bilateral de compraventa por la parte compradora con voluntad deliberada de importancia trascendental y que no ha sido subsanado pese a la existencia de un requerimiento expreso de

resolución, constando, por el contrario, el pleno cumplimiento de la contraparte». Efectivamente, de los hechos probados que se relacionan en el fundamento de derecho segundo de los que anteceden, resulta, por declaración de ambas sentencias de instancia, que los recurrentes cumplieron la prestación a que se obligaron, que no cumplió la suya la entidad recurrida, y que, no obstante, aquéllos son condenados en la sentencia impugnada. Aparece evidente que la recurrida, «Urbeco», dejó transcurrir unos dos años sin iniciar o realizar actividades notables en la construcción a que se obligó. La Sala *a quo* considera que esta conducta no significa una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación por encontrarla justificada. Mas es de poner de relieve que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias. La omisión del incumplidor puede consistir, como ocurrió en el caso ahora debatido, en una prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte (Sentencias, entre otras, de 4 de octubre de 1983, 10 de octubre de 1982, 24 de enero y 4 de marzo de 1986, 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985). No cabe, por tanto, subvalorar la pasividad del constructor durante casi dos años, antes de surgir las dificultades urbanísticas en las que principalmente se apoya la sentencia impugnada para justificar la conducta de la recurrida constitutiva de su incumplimiento evidente y palmario. Por otra parte, no cabe tampoco negar legitimación activa para la resolución a los recurrentes, basada esencialmente en haber cumplido lo que se obligaron (Sentencias, entre otras, de 17 de septiembre de 1985, 31 de marzo y 30 de junio de 1986), pudiendo, desde luego, pedir la resolución incluso al contratante que incumple su obligación (en el caso contemplado, el otorgamiento de escritura pública de la cesión del solar), cuando ello es consecuencia del incumplimiento anterior del constructor que obervó una actitud totalmente pasiva durante numerosos meses sin obstáculos insalvables, sin más que el dato no imputable a la contraparte de no iniciar la obra por falta de medios económicos, circunstancia que debió prevenir antes de hacer surgir legítimas expectativas en los recurrntes; de modo que la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución y libera desde entonces al que la pide de sus compromisos (Sentencias de 10 de febrero y 1 de abril de 1925, entre otras), lo que comporta que el que no cumple no puede exigir que la parte contraria haga aquello a que se comprometió (Sentencias de 22 de marzo de 1950).

De lo anteriormente razonado se deduce la justicia de la estimación del motivo segundo del recurso, sin necesidad de examinar el tercero, que fue formulado subsidiariamente, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.715, número tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala ha de dictar la sentencia que corresponda, mandato que se estima cumplido en este caso remitiéndose este Tribunal Supremo al fallo de la sentencia de primera instancia, que debe darse íntegramente por reproducido en el de esta sentencia de casación, salvo en la relativa a la indemnización de daños; la que si bien se basa en la existencia de unos daños que resultan del perjuicio de los recurrentes derivado del cambio de planes de urbanización y por no haber cumplido oportunamente

la recurrida su prestación, sin embargo, su cuantía no puede ahora determinarse por falta de datos de hecho resultantes de lo actuado; lo que impele a que sea en ejecución de sentencia donde se concreten dichos datos y la cuantía de la indemnización que hayan de percibir los recurrentes, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de un millón de pesetas a la que alcanzó la cantidad entregada por la recurrida en vista de la proyectada venta de solar, y que, en otro caso, habían de devolver los recurrentes como consecuencia de la resolución del contrato, de conformidad con los artículos 1.295 y 1.302 del Código Civil. Todo ello, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, ahora en trance de Tribunal de Instancia, determinante de que además de la necesidad de probar la existencia de los daños y perjuicios durante el período correspondiente de la litis, puede dejarse para ejecución de sentencia la determinación de las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación conforme previene el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias, entre otras, de 14 de junio y 24 de diciembre de 1947 y 17 de febrero de 1951).

R. DE A.

EJERCICIO DEL COMERCIO POR MUJER CASADA. TERCERO QUE HA CONTRATADO CON SOLO UNO DE LOS CONYUGES (NO TIENE QUE DEMANDAR AL OTRO). LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1989).

Promovida por don Calixto M. M. ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Madrid demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña María del Carmen S. A., sobre rendición de cuentas y pago de cantidad, con fecha 16 de octubre de 1987, recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, en la que, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el referido Juzgado el 2 de julio de 1986, se estimaba en parte la demanda, sentencia contra la que la demandada interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley, cuyo primer motivo se formula al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre litisconsorcio pasivo necesario, alegándose por la recurrente que la actora debió llamar al proceso al esposo de la demandada, y al no haberlo hecho no quedó bien constituida la relación jurídica procesal, motivo éste que deberá ser desestimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que si bien es cierto que una constante doctrina de esta Sala viene proclamando la necesidad de convocar a la litis, para que la relación procesal quede bien constituida, a cuantos tengan un interés directo en la misma, de forma que la resolución recaída en ella prorrogue en una obligación que pueda gravar su persona o patrimonio, también lo es que esta carga impuesta al actor tan sólo se extienda a los estrictos supuestos en que los terceros no llamados sean directamente afectados del resultado del proceso, sin que pueda extenderse a quienes, sin hallarse en tal situación jurídica, puedan, de manera indirecta, sufrir los efectos de una condena que, pronunciada contra un demandado con personalidad y patrimonio diferenciados de ellos, extienda sus efectos indirectos contra los no llamados a la litis. Segunda: Que en el supuesto que nos ocupa, habida cuenta que, como acertadamente hace constar la resolución recurrida,

de la fórmula que se utiliza en el encabezamiento del documento suscrito entre las partes en 27 de julio de 1982, en el que se hace constar la comparecencia del esposo de la hoy recurrente «para otorgar su autorización y si fuese preciso se entenderá también para suscribir este documento como parte interesada», sin que a lo largo de sus cláusulas se establezca ninguna obligación que recaiga sobre el mismo de manera más o menos directa, resulta que el aludido esposo no fue parte en el contrato cuyo cumplimiento ha dado lugar a la presente litis, por lo que, si a ello se añade que en el suplico de la demanda originadora de la misma no se incluye ningún pedimento que se dirija contra el mismo, y aun cuando, dado el carácter de comerciante de la demandada y el consentimiento que a su ejercicio del comercio presta su esposo al concurrir a la firma del aludido documento, la extensión de la deuda resultante de la litis a los bienes comunes no exige que se demande al otro cónyuge, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial que libera al acreedor de la carga de demandar a ambos cónyuges cuando ha contratado con uno solo de ellos y no obliga al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso (Sentencia de 26 de septiembre de 1986), obvia es la innecesidad de llamar a la presente litis al esposo de la recurrente, por lo que ha de rechazarse este primer motivo.

No mejor suerte habrá de alcanzar el motivo segundo, que por la vía del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —cuando, en puridad de principios, debió haberlo sido por la del número tercero de dicho artículo—, denuncia incongruencia de la resolución recurrida, que basa en el hecho de condenarse por la Sala sentenciadora a la demandada recurrente al abono de la cantidad de 6.126.320 pesetas, incluyendo dicha condena en las operaciones de liquidación de la sociedad, cuando en el suplico de la demanda se contempla tal pedimento en el apartado *c)* del mismo y con separación de los demás, motivo éste que, como hemos anticipado, deberá decaer, ya que, hallándose incluida tal petición entre las que formula el actor en su demanda, el hecho de su acogimiento por la resolución recurrida en un punto de su fallo más o menos diferenciado de los restantes que vienen a resolver, aceptándose parcialmente, la totalidad de los pedimentos formulados, en modo alguno implica una alteración de la causa de pedir en la que pudiera fundarse la pretendida incongruencia, todo lo que origina el decaimiento de este segundo motivo.

R. DE A.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO (NO HA LUGAR). CLAUSULA PENAL (NO PROCEDE). ERROR DE HECHO (NO EXISTE). ARBITRAJE DE DERECHO (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1989).

Son de destacar en el presente recurso de casación los siguientes antecedentes jurídicos: *a)* Mediante contrato privado de 1 de enero de 1981, celebrado en Pamplona, la compañía mercantil «Industrial Lechera Navarra, S.A.» («Inlena, S.A.», en anagrama), concertó con don Francisco G. H. la dirección y distribución, así como el derecho exclusivo de venta de todos los productos «Inlena» por éste en la provincia de Alava, cuya vigencia se mantendría mientras dicha sociedad o cualquier otra entidad, física o jurídica, fabrique los productos mencionados en los antecedentes del propio contrato y pactos anteriores bajo las marcas

«Yoplait» y «Kaiku», o bajo otra marca distinta pero del mismo origen; *b)* se establecía en el contrato que para su interpretación, cumplimiento o incumplimiento, las partes excluían expresamente la competencia de los Tribunales de Justicia, sometiéndose al arbitraje de derecho y no de equidad, debiendo emitirse el Laudo en el plazo máximo de cinco meses, que será ley para las partes y de obligado acatamiento, y que la negativa a la formalización extrajudicial del arbitraje, o al cumplimiento del Laudo arbitral, llevaría aparejada la sanción penal de 3.000.000 de pesetas, fijada o actualizada según el índice del costo medio de vida o precio de consumo al mes de la fecha, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya, así como que los árbitros impondrían las costas del procedimiento, incluso los honorarios de los Abogados y de los propios árbitros, el que hubiere actuado de mala fe en el cumplimiento del contrato, y *c)* por carta de 21 de julio de 1986, recibida por el destinatario el 26 del mismo mes, «Inlena, S. A.», comunicó al señor G. H. que daba por resuelto el contrato referido, a lo que el expresado señor contestó que no aceptaba la resolución unilateral de aquél, manifestando que en el supuesto de no solucionarse amistosamente, dentro del mes de agosto, las consecuencias económicas que comportaban para él la resolución, se vería obligado a someterlas a un arbitraje de derecho, y el 15 de septiembre notificó a la sociedad que no existiendo acuerdo en cuanto a la rescisión y existiendo, además, otras cuestiones a resolver, requería a la formalización extrajudicial de arbitraje, requerimiento que fue contestado por «Inlena, S. A.», en el sentido de haberse producido la rescisión del contrato por la falta de pago e impuntualidad del mismo en las cantidades adeudadas por suministros a la sociedad, cuyo motivo era causa de resolución automática y, por tanto, se excluía cualquier arbitraje pactado contractualmente para otras diferencias posibles.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona, por auto de 12 de diciembre de 1986, accedió a la formalización judicial del arbitraje de derecho, instada por don Francisco G. H., en las siguientes condiciones, entre otras: Nombramiento como árbitro único al Abogado en ejercicio en Pamplona don José Miguel A. S. Controversia sometida al fallo arbitral: los extremos propuestos por el actor en el apartado tercero del fundamento de Derecho segundo del escrito inicial del expediente, y el propuesto por la demandada en el apartado tercero de su escrito de 18 de noviembre pasado, que se daban por reproducidos. Plazo de emisión del Laudo: cinco meses, desde la aceptación del cargo. Los extremos propuestos por el actor eran los que se transcriben a continuación: *a)* Indemnización económica a abonar por «Inlena, S. A.», por la resolución del contrato, teniendo en cuenta que la relación contractual mantenida se originó hace más de dieciséis años, y considerando los ingresos que venía obteniendo el señor G. H. por todos los conceptos, incremento de clientela obtenido, inversiones realizadas, duración indefinida del contrato, oferta económica propuesta por la resolución por parte de «Inlena, S. A.», etc. *b)* Comisiones a abonar por «Inlena, S. A.», por la comercialización de nuevos productos durante el tiempo en que se mantuvieron las relaciones contractuales. *c)* Comisiones, asimismo, por abonar por el almacenamiento, comercialización y distribución de productos destinados a propaganda. *d)* Si «Inlena, S. A.», debía asumir íntegramente la relación laboral con la empleada administrativa, y, en su caso, el importe íntegro que proceda por su despido. *e)* Impuesto general de tráfico de empresas que la Hacienda de Alava o de Navarra pudiera exigir por la comercialización de productos, debe ser asumido íntegramente por «Inlena, S. A.». *f)* Si el señor G. H. tiene derecho a percibir las contraprestaciones pactadas en el contrato, por aplicación del apar-

tado *g)*, párrafo segundo, de la cláusula tercera, desde el día 26 de julio de 1986 hasta la resolución definitiva del arbitraje. *g)* Si «Inlena, S. A.», debe ser condenada, al haberse negado a la formalización judicial del arbitraje, a la sanción penal establecida en la cláusula sexta, *a)*, del contrato. *h)* Si las costas del arbitraje deben ser impuestas a «Inlena, S. A.» *i)* Determinación de cuentas, por comisiones, intereses y todos los conceptos en aquellas partidas en que las partes no muestren su conformidad. En la resolución de los extremos *b)* y *c)*, el árbitro se limitará a concretar los porcentajes aplicables y las bases, quedando para la ejecución del Laudo la determinación exacta de su cuantía, y el extremo propuesto por la demandada concernía a que el único punto admisible, como objeto de controversia, sería el de si la falta de pago del actor daba derecho a la demandada a la rescisión automática del contrato, sin lugar a indemnización alguna.

El Laudo se emitió en 7 de septiembre de 1987 y contuvo los pronunciamientos del siguiente tenor literal: A) El contrato celebrado entre las partes ha sido resuelto unilateralmente y sin causa justificada por «Industrial Lechera Navarra, S. A.», por la que ésta deberá abonar a don Francisco G. H. la cantidad de 14.000.000 de pesetas en concepto de indemnización total de daños y perjuicios ocasionados a éste por tal resolución. B) «Inlena, S. A.», deberá satisfacer a don Francisco la cantidad correspondiente, por contraprestación o comisión sobre los nuevos productos comercializados, que se fijará en ejecución del Laudo, de acuerdo con los importes de los productos que resulten de la contabilidad y mediante la aplicación de las bases señaladas en el fundamento de Derecho II, apartado A), del presente laudo. C) Por «Inlena, S. A.», no se habrá de satisfacer cantidad alguna por el almacenamiento, comercialización y distribución de productos destinados a propaganda. D) Atañe únicamente a «Inlena, S. A.», la relación laboral existente con la empleada administrativa doña Estrella M. A. E) Respecto del Impuesto general de Tráfico de Empresas, este árbitro carece de competencia por razón de la materia, pudiendo dilucidarse esa cuestión ante los organismos adminsitrativos competentes y, en definitiva, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. F) Don Francisco no ostenta derecho a percepción de cantidad por concepto de contraprestaciones desde el 26 de julio de 1986 hasta la resolución definitiva del arbitraje. G) «Inlena, S. A.», deberá satisfacer a don Francisco la cantidad de 4.954.200 pesetas en concepto de la sanción penal prevista en el contrato, al haberse negado a la formalización extrajudicial del arbitraje. H) La determinación de cuentas, por comisiones, intereses y todos los conceptos en aquellas partidas en que las partes no muestran su conformidad, es la especificada en el fundamento de Derecho VII del Laudo, pudiendo las partes, con las bases fijadas en el mismo, proceder a la determinación del saldo definitivo, de común acuerdo o en ejecución del Laudo. I) No se efectúa especial imposición de costas en el arbitraje, por lo que cada parte habrá de satisfacer los honorarios y derechos de sus repectivos Letrado y Procurador, así como la mitad, cada una, de los honorarios devengados por el perito interviniente y por árbitro, al igual que los gastos de la emisión del Laudo ante Notario y demás que se hayan producido.

Contra el mencionado Laudo, las partes interesadas, «Industrial Lechera Navarra, S. A.», y don Francisco G. H., interpusieron recurso de casación por escritos presentados en 3 y 7 de octubre, respectivamente, cuyos recursos se fundaron, de modo respectivo, en tres motivos, a tenor del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en siete motivos, a tenor de los números tercero, cuarto y quinto del expresado artículo.

Iniciando el estudio de los recursos, por el interpuesto por la entidad mercantil

«Industrial Lechera Navarra, S. A.», al ser el primero de los formulados, el mismo se instrumenta a través de tres motivos acogidos al ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «infracción de las normas del ordenamiento jurídico», en los que, de manera respectiva, se denuncian las infracciones de los artículos 1.281, párrafo primero, 1 124, párrafo primero (éste por inaplicación), y 1.256 del Código Civil, cuyos motivos se examinan conjuntamente por encontrarse en la misma línea argumental, la cual se centra por esta parte recurrente en las estipulaciones del contrato celebrado en 1 de enero de 1981, concretamente, en las segunda, apartado *e)*, y tercera, apartado *g)*, estableciéndose en la primera de ellas que «don Francisco G. H. procederá sin dilación alguna al pago puntual de los importes correspondientes de la mercancía y productos que reciba de «Inlena, S. A.», en la forma y modo que se pactará más adelante en este documento, y, de no hacerlo, independientemente de las responsabilidades específicas legales en que pudiera incurrir, implicará, salvo caso de fuerza mayor, la resolución automática del presente contrato, por el concepto de incumplimiento negligente por su parte, que llevará aparejadas las sanciones oportunas que se acuerde», y detallándose en el apartado *g)* de la siguiente, la forma y el plazo de abono de los suministros efectuados, en cuyo inciso final se señala que «debido a las dificultades de facturar las cantidades exactas para las fechas de vencimiento del pago, se estimará de común acuerdo una cantidad alzada igual al promedio de las facturas decenales de los seis meses anteriores y cuyo importe se regularizará con el pago correspondiente a la decena inmediatamente posterior», para concluir, con base a las citadas estipulaciones, que «tal y como consta en el expediente arbitral, la forma de pago pactada en el contrato se ha visto incumplida desde su inicio, de forma que al momento de la resolución del contrato la deuda del señor G. H. para con «Inlena, S. A.», ascendía, según aquél, a 15.768.260 pesetas y, según ésta, a 24.030.829 pesetas», y ello, se argüía por la recurrente, llevaba aparejada la «resolución automática del contrato por el concepto de incumplimiento negligente», por lo que, a su juicio, el Laudo interpretaba erróneamente las cláusulas literales del contrato, al decir que «el señor G. H. no ha incurrido en incumplimiento motivador de la resolución del contrato, teniendo en cuenta la gran complejidad en la liquidación de cuentas entre las partes» [fundamento de Derecho I Resolución del contrato: E)], e incurría en error de Derecho al declarar en su pronunciamiento A) que «el contrato celebrado entre las partes, con fecha 1 de enero de 1981, ha sido resuelto unilateralmente y sin causa justificada por «Industrial Lechera Navarra, S. A.».

La claudicación de los motivos de referencia deviene de las siguientes consideraciones: Primera: En el propio contrato se viene a reconocer explícitamente la complicada mecánica en el pago de los suministros efectuados, hasta el punto que admitía un descubierto decenal en el abono de los mismos, como ya quedó indicado. Segundo: La prueba practicada en el Laudo evidenció, por una parte, que con anterioridad a 1985, no se formularon requerimientos al señor G. H. en relación con los retrasos en los pagos, y, por otra, que las liquidaciones de cuentas no se llevaron con la literalidad establecida en el contrato, en atención a su complejidad, lo que originó que «Inlena, S. A.», cargase intereses por las cantidades adeudadas [fundamento de Derecho I, A)], cuyos presupuestos fácticos no han sido impugnados por vía casacional adecuada Tercera: Las anteriores consideraciones conducen a la conclusión de que los desfases o retrasos en las liquidaciones de cuentas imputables al señor G. H. no cabe conceptuarlas cual el supuesto de «incumplimiento negligente» de que habla la estipulación segunda, apartado *e)*, lo que, a su vez, origina ésta otra conclusión: la imposibilidad de

apreciar en el citado contratante la «voluntad deliberadamente rebelde» y el «incumplimiento trascendente a la economía de los contratantes» que la doctrina de la Sala destaca como uno de los varios factores determinantes de la correcta aplicación del artículo 1.124 del Código Civil. Cuarta: Por lo dicho, no es dable estimar la infracción denunciada respecto al meritado artículo 1.124 ni, tampoco, la de los 1.281 y 1.256, todos ellos del texto civil, lo que supone, en definitiva, la total desestimación del recurso promovido por la sociedad «Industrial Lechera Navarra, S. A.».

Pasando a estudiar el recurso promovido por don Francisco G. H., razones de metodología procesal aconsejan dar prioridad, en el examen de los motivos, al último de los articulados, el séptimo, en cuanto se funda en el ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias», para acusar la infracción del artículo 359 de dicha Ley al incurrir el Laudo en falta de claridad y precisión, la que se origina, en opinión del recurrente, en relación con el tema «de la inclusión, entre los conceptos de la indemnización económica que debía abonar «Inlena, S. A.», por la resolución del contrato, del relativo a la sanción penal del duplo de la cantidad que se fijase como importe de los daños y perjuicios abonables al recurrente», ya que el árbitro reconoce implícitamente que tal cuestión le ha sido sometida y tiene que resolverla, como lo prueba que declare que: «A esta cantidad (la de 14.000.000 de pesetas señalada como indemnización de perjuicios) no procede aplicarle la sanción penal del duplo que se postula por el señor G. H. en base a la estipulación quinta del contrato, pues la misma se refiere al incumplimiento del contrato, y ya se ha declarado que en el presente caso no procede declarar tal incumplimiento respecto de ninguna de las partes», pero añade a continuación que. «Sin olvidar, por otro lado, que en su escrito de planteamiento de pretensiones, que configura la controversia, no alude el señor G. H. a dicha pretendida sanción penal y solamente lo hace en su escrito de conclusiones, variando realmente su pretensión» (párrafos penúltimo y último del fundamento de Derecho I), con lo cual, razona el recurrente, «no queda claro, ni preciso, si lo que el Laudo decide al señalar dicha cifra es que no procede aumentarla porque, entrando en el fondo de la cuestión, el árbitro se inclina por la tesis del párrafo penúltimo o porque entiende, con arreglo a la otra tesis, que la cuestión no le fue sometida», viniendo a decir que ello podría plantear la duda de no haber quedado resuelta la cuestión, lo que permitiría someterla a un nuevo juicio arbitral. Verdaderamente, tal y como se encuentra planteado el motivo, «la falta de claridad y precisión» a que alude, habría que sustraerla del ámbito específico del artículo 359 para someterla al tratamiento del 363, «aclaraciones o adiciones» a las sentencias, pero con independencia de ello, es decir, que la cuestión quedó resuelta, sin género de dudas, en los incisos finales del fundamento de Derecho I del Laudo, ya que en su penúltimo párrafo se estableció tajantemente que a la indemnización fijada en el precedente, la de 14.000.000 de pesetas, no procedía aplicarle la sanción penal del duplo, en base a la estipulación quinta, en razón a que no resultaba incumplimiento del contrato respecto de ninguna de las partes, sin que tan contundente afirmación quepa entenderla desvirtuada o contradicha por la manifestación contenida en el párrafo siguiente, el último, pues la misma cabe entenderla como argumento de «a mayor abundamiento»; además, el pronunciamiento A) del Laudo, transcrito en el tercer fundamento de esta resolución, volvió a reiterar la cifra ya indicada, y su meridiana redacción no permite abrigar vacilación alguna en cuanto a encontrarse cerrada y resuelta la dubitativa cues-

tión que se plantea en el motivo, razones todas las expuestas que originan el perecimiento del motivo.

El primer motivo del recurso referenciado se refugia en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley procesal, «error en la apreciación de la prueba» que se encuentra en estrecha relación con el anteriormente examinado, toda vez que su base alegatoria radica, en el decir del recurrente, en que «en el párrafo último del fundamento de Derecho I del Laudo, el árbitro parece querer robustecer su tesis de que no procede aplicar a la suma importe de los daños y perjuicios, la sanción penal del duplo; y al efecto establece que no se debe olvidar, por otro lado, que en su escrito de planteamiento de pretensiones, que configura la controversia, no alude al señor G. H. a dicha pretendida sanción penal y solamente lo hace en su escrito de conclusiones, variando realmente su pretensión». Se argumenta en el motivo que «teniendo en cuenta que en el escrito al que se alude (el de 28 de marzo último), la pretensión formulada por mi mandante fue la de que se dictase Laudo estimando íntegramente las pretensiones sometidas al arbitraje, el problema queda delimitado a establecer si entre los extremos relacionados en el escrito inicial del expediente (el de 25 de septiembre de 1986, dirigido al Juzgado) y que fueron los determinados como contravertidos en la condición tercera del auto de 12 de diciembre, estaba comprendida la pretensión de que se señalase la indemnización económica que debía abonar «Inlena, S. A.», por la resolución del contrato, fijando la suma a la que ascendían los daños y perjuicios y aplicando, además, una sanción penal del duplo de la misma», y como demostrativos del error en que incurre el Laudo al establecer aquella base, se citan como documentos, cuyo alcance no está contradicho por otros elementos probatorios, los siguientes: *a)* el auto de 12 de diciembre de 1986, que en su condición tercera señala los extremos de controversia sometidos al fallo arbitral, remitiéndose a las propuestas por el actor en el apartado tercero del fundamento de Derecho segundo, del escrito inicial del expediente; *b)* el punto *a)* del apartado acabado de aludir, o sea, de ese escrito inicial de 24 de septiembre de 1986, y *c)* el documento privado suscrito por las partes de fecha 1 de enero de 1981, concretamente, las cláusulas tercera, *d)*, párrafo segundo; quinta, *a)*, y sexta, *a)*. Atendiendo a los términos de formulación del motivo y, por consiguiente, a los efectos del contenido del párrafo último del fundamento I del Laudo, los únicos documentos que habrían de tenerse en cuenta serían los señalados bajo las letras *a)* y *b)*, y dentro de ellos, más concretamente, el punto *a)* del apartado tercero del fundamento de Derecho segundo del referido escrito inicial de 24 de septiembre, en el que se fija como controversia «la indemnización económica que debe abonar «Inlena, S. A.», al señor G. H. por la resolución del contrato de 1 de enero de 1981, considerando la relación contractual mantenida desde hace más de dieciséis años, los ingresos que venía obteniendo dicho señor, incremento de clientela, inversiones realizadas, duración indefinida del contrato, oferta económica propuesta por la resolución por parte de «Inlena, S. A.», etc...». Es de ver que en el conjunto de factores pormenorizados en el punto *a)* acabado de transcribir, no se hace ninguna alusión específica a la sanción penal del duplo que se contempla en la cláusula quinta, *a)*, del contrato, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los árbitros determinarán los daños y perjuicios que se ocasionen a ambas partes por el incumplimiento del presente contrato en función de las relaciones y efectos económicos que se estaban produciendo en el momento del incumplimiento, estableciéndose, además, como sanción penal el duplo de la cantidad que se fije como daños y perjuicios que deberá abonarse de inmediato a la parte afectada», razón por la cual, el árbitro no incurrió en error al no adicionar a la indemnización concedida,

el porcentaje que resultase por la sanción penal del duplo, pero es que, aun cuando ello se entendiese que quedaba sobreentendido en la postulación de la indemnización económica, máxime, al cerrarse los términos en que estaba redactada con la locución «etc.», tal error carecía de trascendencia jurídica en cuanto que, como ya se dijo al estudiar el motivo séptimo, el último párrafo del fundamento I del Laudo cabía entenderle cual un argumento de «a mayor abundamiento», del precedente, el penúltimo, y, sobre todo, porque en este párrafo se resolvió que a la cantidad indemnizatoria no procedía aplicarla la sanción penal del duplo que se postulaba por el señor G. H., en base a la estipulación quinta del contrato, pues la misma se refería al incumplimiento del contrato y ya se declaró que en el caso presente no resultaba tal incumplimiento respecto de ninguna de las partes, y, esto así, es de llegar a la conclusión de que el motivo que ahora se analiza no tiene viabilidad.

Los motivos segundo, tercero y cuarto se basan en el ordinal quinto del repetido artículo 1.692, «infracción de las normas del ordenamiento jurídico», al denunciar los de los siguientes artículos: 1.218 y 1.225 del Código Civil, por error de derecho en la aplicación de la prueba (el segundo), 1.281, 1.282 y 1.285 del citado texto legal (el tercero) y 7.°, 8.°, 9.° y 12 de la Ley de Arbitraje del Derecho privado de 22 de diciembre de 1953 (el cuarto). En síntesis, las respectivas argumentaciones de tales motivos son: el Laudo, al establecer que entre las pretensiones que configuraban la controversia no estaba la de la condena al pago del duplo de la cifra de los daños y perjuicios, no concede el valor probatorio que a los documentos públicos (auto de 12 de diciembre de 1986) y a los privados (contrato de 1 de enero de 1981) atribuyen los referidos artículos del Código Civil (el segundo), los términos literales de las cláusulas tercera, *d)*, párrafo segundo, quinta, *a)*, y sexta, *a)*, del contrato, así como los del apartado tercero del fundamento de Derecho segundo del escrito inicial del arbitraje, son claros y precisos de que la intención de los contratantes fue la de someter a la decisión arbitral todas las cuestiones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales y, entre ellas, la determinación de las sumas que, por cualquier concepto, tuviera que abonar el incumplidor del acuerdo (el tercero), y para sentar la comentada afirmación de no haber sometido a controversia la aplicación del incremento del duplo de los daños y perjuicios, el árbitro le apoya únicamente en el escrito de planteamiento de pretensiones que configura la controversia, con lo que infringe los mencionados preceptos de la Ley de 22 de diciembre de 1953 (el cuarto). La síntesis acabada de hacer es reveladora de la íntima conexión existente entre los motivos enunciados, de los que, a su vez, cabe decir que, en realidad, vienen a ser tributarios de los ya estudiados, primero y séptimo. Precisamente, tal base tributaria es la que determina el fracaso de los motivos en cuestión, puesto que, viniendo a reiterar lo dicho en aquellos otros, la razón fundamental que indujo al árbitro a la inaplicación de la sanción penal del duplo fue la de considerar que no procedía la declaración de incumplimiento del contrato por ninguna de las partes, lo cual impedía la entrada en juego de la estipulación quinta, *a)*, del contrato, y de aquí que no pueda sostenerse; la no concesión de valor probatorio a los documentos citados en el segundo motivo, el desconocimiento de las cláusulas contractuales y del escrito inicial del expediente de arbitraje, aludida en el tercero, y la omisión del sentido obligacional de las disposiciones reguladoras de los arbitrajes de Derecho privado, mencionados en el cuarto, por lo que no es posible predicar las infracciones que se acusan en los susodichos motivos, originándose así la falta de éxito de los mismos, como ya se dijo.

Los motivos quinto y sexto, últimos que restan por examinar, se amparan, asimismo, en el ordinal quinto del rituario artículo 1.692, e invocan las infracciones de los artículos 1.101, en relación con los 1 091 y 1.152, todos del Código Civil, respectivamente. Resumiendo, el razonamiento inspirador del motivo quinto es que. carece de aplicación el que después de consignarse en el fundamento I, E), del Laudo que no podía «Inlena, S. A.», dar por resuelto unilateralmente el contrato, que señor G. H. no ha incurrido en incumplimiento motivador de la resolución del mismo y que la estipulación quinta del convenio se refiere al incumplimiento del contrato, y después de condenarse a la empresa al pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, con cita de los artículos 1 106 y concordantes del Código Civil, el árbitro haga la sorprendente declaración de que no procedía aplicar la cláusula porque «ya se ha declarado que en el caso presente no procede declarar tal incumplimiento respecto de ninguna de las partes», en especial, cuando en la cláusula tercera, *d)*, párrafo segundo, del contrato, las partes habian declarado que la resolución unilateral constituiría un incumplimiento del contrato y llevaría aparejada la imposición de las sanciones previstas; y correspondiendo al del sexto, el siguiente: el pacto de que la sanción penal no sustituiría a la indemnización de daños y perjuicios y el abono de intereses, aparece establecido en dos cláusulas del contrato, en la quinta, *a)*, y tercera, *d)*, párrafo segundo. Por lo que respecta al quinto motivo, es decir, que se distorsiona la fundamentación del Laudo cuando se atribuye al apartado E) del fundamento I, haber condenado al «pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento», ya que el análisis del mismo, tanto en detalle como en conjunto, evidencia con suma claridad, que la indemnización se concedió por la resolución unilateral del contrato, punto que se recoge explícitamente en el pronunciamiento A) de Laudo, reafirmándose en aquél que «no procedía declarar tal incumplimiento respecto de ninguna de las partes», juicio éste que se desprende, también, de los restantes apartados del indicado fundamento; y decir, asimismo, que el sentido literal y finalista de la estipulación 3.ª, *d)*, párrafo segundo, no permite inequívocamente deducir que «la resolución unilateral constituiría un incumplimiento del contrato y llevaría aparejada la imposición de las sanciones previstas», pues, de su texto, se desprende, más bien, que las sanciones van referidas al incumplimiento de la contratación, y las dudas que pudieran surgir al respecto se disipan a la luz de la cláusula quinta, *a)*, al apreciarse por ella que la sanción penal del duplo se enlaza con el incumplimiento. Por otro lado, la mención del artículo 1.091 en el motivo, por su carácter genérico, resulta intrascendente, y la del artículo 1.101, es de todo punto inoperante, ya que el precepto abarca a cualquier contravención en el tenor de las obligaciones y no cabe sostener que fuera desconocido en el fundamento I del Laudo, puesto que en el párrafo antepenúltimo de su apartado E) se hace expresa mención de los artículos 1.106 y concordantes del Código Civil, y el pronunciamiento A) impone el abono de la suma de 14.000.000 de pesetas, en el concepto de daños y perjuicios ocasionados. Y por lo que concierne al sexto motivo, es de aplicación cuanto se ha dicho en el anterior, y, además, a que la repetida cláusula quinta condiciona la sanción penal del duplo a la previa determinación del incumplimiento contractual, acerca del cual se estimó que no procedía declararle, por tanto y en definitiva, ante la inexistencia de las infracciones denunciadas en los motivos quinto y sexto, se origina el fracaso de los mismos, siendo de decir, por último, que las conclusiones desestimatorias a que se ha llegado en la presente resolución respecto a los dos recursos interpuestos,

vienen a coincidir con las contenidas en la sentencia de esta Sala, de fecha de 29 de marzo de 1984.

R. DE A.

SOCIEDAD CIVIL. RENDICION DE CUENTAS. RECONOCIMIENTO DE UNA RETRIBUCION AL SOCIO QUE LLEVO LA ADMINISTRACION DEL NEGOCIO. CRITERIO PARA FIJAR ESA RETRIBUCION. NO SON DEDUCIBLES DEL HABER SOCIAL LAS COTIZACIONES COMO AUTONOMO A LA SEGURIDAD SOCIAL (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1989).

A fin de decidir adecuadamente en orden a los recursos de casación de que se trata, interpuestos, respectivamente, por don José María y don Manuel C. B., es de tener en cuenta, de conformidad con las apreciaciones fácticas que la sentencia recurrida reconoce, los siguientes aspectos: A) Que la sentencia dictada en el juicio de que dimana el incidente planteado en fase de su ejecución, en cuanto estima todos los pronunciamientos declarativos y los cuatro primeros de condena instados en la súplica de la demanda iniciadora del juicio en cuestión, establece que a virtud de la sociedad privada constituida entre don José María y don Manuel C. B., hecha constar en documento suscrito por los mismos, en la ciudad de Antequera, el día 15 de septiembre de 1967 —no el 17 del mismo mes y año como se fecha por evidente error material en el escrito de demanda iniciadora del juicio a que se contrae el citado incidente planteado en su ejecución—, el citado don José María C. B. es propietario del 50 por 100 del negocio de distribución en la zona a que se contrae de «Butano, S. A.», cuya concesión oficial figura a nombre del mencionado don Manuel C. B.; que esa participación del 50 por 100, que pertenece al referido don José María C. B., lo es tanto en el valor de la concesión oficial de la expresada distribución de «Butano, S. A.», como de todos sus bienes, elementos y derechos del citado negocio y en su explotación; que pertenece y es del tan aludido don José María C. B. el 50 por 100 de los beneficios habidos en la explotación del referido negocio desde la constitución de la sociedad entre ambos hermanos señores C.; que don Manuel C. B. viene obligado a rendir a don José María C. B. cuenta detallada y justificada de su gestión al frente del expresado negocio desde la misma fecha de constitución de la sociedad privada en 15 de septiembre de 1967, así como a poner a disposición de dicho don José María C. B. el saldo correspondiente al mismo en los beneficios habidos desde la indicada fecha en el mencionado negocio; y se condene a dicho don Manuel C. B. a la indicada rendición de cuentas, dentro del prudencial plazo que el órgano judicial señale, y a pagar al precitado don José María C. B. el saldo que a él corresponda en los beneficios habidos en la explotación de tal negocio desde la expresada fecha de 15 de septiembre de 1967, y B) que en el relacionado documento de 15 de septiembre de 1967, por el que se convino entre los referidos don Manuel y don José María C. B. constituir sociedad privada en relación con la explotación de distribución de butano del que era concesionario don Manuel C. B. en la zona de Antequera, para cuyo desenvolvimiento, dado el considerable desembolso económico que suponía la adquisición del material necesario, acudió a la financiación de su hermano, don José María

C. B., por lo que, a partir de la fecha de dicho documento, todos los elementos y enseres del tan referido negocio se determinan totalmente desembolsados por ambos hermanos, a razón del 50 por 100 cada uno, realizándose en consecuencia la referida explotación del negocio de distribución de butano en régimen de sociedad privada entre los tan repetidos hermanos don Manuel y don José María C. B., en la proporción del 50 por 100 cada uno, cuya proporción debería de regir tanto para la liquidación de beneficios como de pérdidas si las hubiere, siendo la duración de esa relación social de carácter ilimitado, aunque pudiendo ser disuelta en cualquier momento, previo acuerdo de ambos socios y debiendo practicarse liquidación de los bienes por parte del socio que subsistiera en el negocio, siendo dicha aportación de un 50 por 100 cada uno de los relacionados socios para el caso de que ambos estimaren necesaria una ampliación del capital o de los elementos del negocio, y los expresados dos socios, o sea, don Manuel y don José María C. B., dada la relación de parentesco de hermanos, disfrutarían de las mismas prerrogativas en cuanto a la dirección y organización del negocio, obligándose a llevar la contabilidad en forma, con la finalidad de conocer en todo momento el desenvolvimiento económico del mismo, si bien posteriormente, a causa de residir don José María C. B. en localidad distinta de la de Antequera, concretamente en Málaga, en donde llevaba otros negocios, dejó la gestión y marcha del que se trata, objeto de la mencionada sociedad, en manos de su hermano y consocio don Manuel C. B., y previéndose, asimismo, que la participación en favor de don José María C. B. del 50 por 100 de los bienes del negocio de distribución de butano comprendía también el valor de la concesión, de la que, aun cuando estaba a nombre de don Manuel C. B., era copropietario su hermano, don José María C. B., el cual, en caso de disolución de la sociedad, o de venta, tendría derecho a percibir la mitad del valor que se asignase a la concesión.

Atendido lo expuesto en el precedente fundamento de Derecho, un orden lógico exige, en cuanto al recurso interpuesto por don Manuel C. B., el examen de los motivos tercero y cuarto, en que se fundamenta, con prevalencia y consiguiente prioridad a los primero y segundo, ya que éstos, en definitiva, vienen supeditados, por sus términos, a aquéllos.

Procede la desestimación del tercero de los motivos del recurso interpuesto por don José María C. B., que éste, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en pretendido error en la apreciación de la prueba, especialmente del documento privado a que se alude en el primero de los fundamentos de Derecho de esta sentencia, de 15 de septiembre de 1967, que se alega no contradicho por otros elementos probatorios, al revelarse de sus términos, y singularmente de sus cláusulas tercera, cuarta, quinta y sexta, una participación paritaria de ambos hermanos, tanto en el aspecto económico como en el gerencial del negocio a que afectó la relación societaria entre ellos constituida, por lo que, al no haberse acreditado, en criterio de dicho recurrente, la más mínima voluntad de las partes de variar o modificar el contenido del mencionado acuerdo de 15 de septiembre de 1967, es contrario a él la admisión de cualquier gasto a cargo del referido negocio a favor de uno de los socios, porque si ciertamente al crearse dicha sociedad entre don Manuel y don José María C. B. se estableció que cada uno de ellos tendría una base de participación, en las pérdidas y en las ganancias, de un 50 por 100 cada uno, en el negocio objeto de controversia, como reconocimiento de cuota de participación social, es exacto que aunque en el expresado documento de 15 de septiembre de 1967 se estableció la indicada participación igualitaria sobre la base de las

respectivas cuotas de un 50 por 100 y que ambos socios gozarían de idénticas prerrogativas en cuanto a dirección y organización del negocio, es también de considerar que la resolución impugnada fija como hecho, plenamente vinculante de casación, al haber quedado incólume por no haber sido expresamente impugnado mediante el cauce o vía del error en su apreciación que depara el precitado número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que se trata en el presente fundamento de Derecho, que con posterioridad al otorgamiento del expresado documento de 15 de septiembre de 1967, en que se consignó el convenio societario a que se viene haciendo mención, a causa de residir don José María C. B. en localidad distinta a la de Antequera, concretamente en Málaga, en donde llevaba otros negocios, dejó la gestión y marcha del de que se trata, objeto de la mencionada sociedad, en manos de su hermano, don Manuel C. B., lo que tanto quiere decir que encomendó la administración de dicha sociedad a éste, con la consecuencia que ello significa en el ámbito jurídico y que certeramente aprecia la Sala que dictó el auto ahora recurrido en casación, por lo que, en manera alguna, es de apreciar el error denunciado en el motivo que se examina, ya que, en discrepancia con lo en él aducido, con esa encomienda de gestión y marcha del negocio tan mencionado, y consiguiente administración en exclusiva, al referido don Manuel C. B., se acredita la voluntad de las partes de variar en tal aspecto el contenido del acuerdo inicialmente constatado en el invocado documento de 15 de septiembre de 1967, con la indudable repercusión en la partida de los gastos que se estimen asignables a esa encomienda de gestión y marcha del negocio en exclusiva, con la consiguiente actividad administrativa, que, también en discrepancia con la apreciación del recurrente, don José María C. B., no desvirtúa la participación paritaria derivada de la participación en un 50 por 100, respectivamente, de ambos hermanos en la sociedad que constituyeron para la explotación del negocio de suministro de butano en la zona de Antequera, dado que la rendición de cuentas acordada practicar por la sentencia a que se contrae la ejecución que motivó el auto determinante de este recurso, y concretamente los beneficios que de ella resulten, ha de ser, necesariamente, la resultante de todos los ingresos y gastos que hubiere producido el referido negocio.

Por el contrario, procede estimar el cuarto de los motivos fundamentadores del recurso interpuesto por don José María C. B., en lo que afecta al extremo del auto recurrido que se contrae al reconocimiento que el mismo contiene de deducción en la partida de gastos asignables a la sociedad concertada entre dicho recurrente y su hermano don Manuel C. B. a fines de explotación del negocio de suministro de butano en la zona de Antequera, y cuyo motivo se basa, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida de los artículos 1.708 del Código Civil y 1.033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e inaplicación de los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.699 y 393 del Código Civil, porque dicho devengo a causa de cotizaciones por parte de don Manuel C. B. a la Seguridad Social en el concepto de empresario autónomo, no es atribuible a la sociedad aludida constituida entre aquél y su hermano don José María C. B., en cuanto no tiene repercusión en beneficio de ella, sino de cargo exclusivamente del precitado don Manuel C. B., al repercutir en su exclusivo beneficio, y, por consiguiente, es estrictamente personal de él, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia es significativo de evidente infracción de los artículos 1.091, 1.255 y 1.256 del Código Civil, que en el motivo que se examina se denuncia por inaplicación, dado que en manera alguna se evidencia del auto recurrido que esa obligación de abono de cuotas de la Seguridad Social

por el concepto de empresario autónomo devengado a su exclusivo nombre por don Manuel C. B. hubiere sido asumida como propia por la mencionada sociedad que constituyó con su hermano don José María C. B., dado que el que éste hubiera autorizado, y aquél aceptado, llevar a cabo en exclusividad la gestión y marcha del negocio no puede tener otro alcance que el de sustituir de esa forma el inicial convenio de disfrute entre ambos socios de las mismas prerrogativas en cuanto a dirección y organización, pero no el de reconocer a cargo del ente social creado lo que repercute exclusivamente en beneficio de uno de los socios, pues de no entenderlo así se produciría el efecto de hacer repercutir sobre la sociedad, en perjuicio del otro socio, don José María C. B., lo que ni a éste ni a la indicada sociedad ningún beneficio le produce, con la consiguiente repercusión en la participación igualitaria convenida sobre la base de una atribución de cuota de un 50 por 100 a cada uno de los dos socios.

No obstante la estimación apreciada en el precedente fundamento de Derecho del cuarto de los motivos en que apoya su recurso don José María C. B., en modo alguno alcanza al reconocimiento, que el auto recurrido establece, de deducción con relación a las cuentas a rendir por don Manuel C. B., de la cantidad de 8.649 180 pesetas a causa de remuneración al mismo por su dedicación exclusiva a la gestión del negocio a que se contrae el vínculo social en cuestión durante el período de tiempo que la desempeñó, al no producirse con respecto a ese aspecto la infracción alegada por el meritado recurrente de los relacionados artículos 1.708 del Código Civil y 1.033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida, y 1.091, 1.255, 1.256, 1.699 y 393 del referido cuerpo legal sustantivo, toda vez que aunque en el tantas veces aludido documento de 15 de septiembre de 1967 se estableció la indicada participación societaria igualitaria sobre la base de un 50 por 100 de participación cada uno de los dos socios en las pérdidas y ganancias del negocio en cuestión para la explotación del negocio de suministro de butano en la zona de Antequera, y que ambos socios, o sea, don Manuel y don José María C. B., gozarían de idénticas prerrogativas en cuanto a dirección y organización de dicho negocio, es también de considerar que la resolución impugnada fija como hecho, plenamente vinculante en casación, al haber quedado incólume por no haber sido expresamente impugnado mediante el cauce o vía del error en su apreciación probatoria que depara el precitado número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que se trata en el precedente fundamento de Derecho, con posterioridad al otorgamiento del expresado documento, de 15 de septiembre de 1967, en que se convino el acuerdo societario a que se viene haciendo mención, a causa de residir don José María C. B. en localidad distinta de la de Antequera, concretamente en Málaga, en donde llevaba otros negocios, acordó dejar la gestión y marcha de la sociedad, en manos de su hermano don Manuel C. B., que lo aceptó, lo que tanto quiere decir que aquél encomendó a éste la administración del referido negocio, y, por tanto, de la actividad social proyectada con relación al mismo, con la consecuencia y efectos que ello significa en el ámbito jurídico y que certeramente aprecia la Sala que dictó el auto ahora recurrido en casación, por lo que en manera alguna es de apreciar el error denunciado en el motivo precedentemente examinado en lo que hace relación con deducción a causa de remuneración a don Manuel C. B. por su dedicación exclusiva encomendada a la gestión del negocio a que se contrae el vínculo social en cuestión, ya que, en discrepancia con lo en tal motivo aducido, con esa encomienda de gestión y marcha del negocio tan mencionado, y consiguiente administración en exclusiva al referido don Manuel C. B., se acredita la voluntad de las partes de variar en tal aspecto

el contenido del acuerdo constatado en principio en el invocado documento de 15 de septiembre de 1967, con la indudable repercusión en la partida de gastos asignables a esa gestión y marcha del negocio en exclusiva, con la consiguiente actividad administrativa en tal consideración, que también discrepando de la apreciación del recurrente, don José María C. B., con base en tal concepto deductivo a causa de remuneración a don Manuel C. B. por su dedicación exclusiva a la gestión del negocio a que se contrae el vínculo social objeto de controversia, durante el período de tiempo que le desempeñó, no desvirtúa la participación paritaria derivada de la asignación a cada uno de los dos hermanos socios en un 50 por 100 en la repetida sociedad que constituyeron para explotar el negocio de suministro de butano en la zona de Antequera; porque, de una parte, acreditado, según queda precedentemente expuesto, que con relación al convenio societario reflejado en el tantas veces mencionado documento de 15 de septiembre de 1967, se produjo la esencial modificación de encomendar en exclusiva a don Manuel C B. la gestión y marcha del negocio, en realidad significativo de encomienda de su administración del mismo también en exclusiva, no puede decirse, al apreciarlo así la Sala sentenciadora de instancia, con las consiguientes consecuencias que ello implica, y que la recurrida correctamente aprecia, que no se ha guardado acatamiento al citado contrato de sociedad concertado y que es objeto de controversia cual exige el artículo 1.091 del Código Civil, pues que se guarda acomodo a la libertad contractual posibilitada por el artículo 1.255 del mismo Código, con el efecto de que no quepa apreciar que dicho contrato ha quedado al arbitrio de don Manuel C. B, que en el controvertido aspecto de encomienda, de gestión y marcha del negocio, con su consiguiente administración que ello comporta, se acomodó a lo autorizado por don José María C. B. y por tanto a lo entre ambos, únicos socio de la sociedad concertada, convinieron con aquella encomienda; de otra parte, debido a que si bien es cierto que el artículo 1.708 del Código Civil previene que la partición entre los socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan, no conduce, cual pretende el recurrente, don José María C. B., a que acreditada una situación de administración no se produzcan los efectos prevenidos en el número cuarto del artículo 1.033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues que este precepto no lo supedita a una situación de extinción, sino simplemente a la del ejercicio de la actividad de administrador, y más si se tiene en cuenta si se produce una solicitud de rendición de cuentas con el alcance de entrega del saldo resultante, cual sucede en el presente caso, claro es que ha de tenerse en consideración, para que las cuentas tengan proyección real, a efectos de deducción, el importe a que alcancen los gastos de la administración para efectuar la correspondiente deducción, porque el no hacerlo haría ilusorio el resultado de la liquidación a practicar como trámite previo preciso para la apreciación de rendimiento de cuentas; y, finalmente, en razón a que ni el artículo 1.699 del Código Civil, alegado como fundamento del motivo ahora examinado, tiene trascendencia en la cuestión, pues en este caso no se está en presencia de preferencia de acreedores de un socio sobre los bienes sociales, ni de embargo y remate solicitado por acreedores particulares de un socio de la parte de éste en el fondo social, que es lo que tal precepto contempla, sino simplemente de devengo correspondiente a quien realizó actividad de administración; y el artículo 393 del mencionado cuerpo legal sustantivo es asimismo inoperante para generar causa motivadora de casación, porque, como ha quedado anteriormente consignado, el reconocimiento de devengos deducibles de las cuentas de que se viene haciendo consideración, en modo alguno altera la proporcionalidad de las cuotas de

cada socio, pues éstas vienen respetadas en cuanto que la distribución de los beneficios se hace con base en las cuotas del 50 por 100 correspondiente a cada socio, previa deducción, claro está, de los gastos procedentes, y entre ellos los asignables a la meritada actividad de gestión y marcha del negocio tan aludido, con el consiguiente comportamiento de administración, que es, puesto en relación con los ingresos, lo que produce el resultado de las cuentas a rendir y la puesta a disposición del socio solicitante de los beneficios que resulten de dichas cuentas.

Lo expuesto en los dos anteriores fundamentos de Derecho llevan también a la desestimación del motivo primero, que el precitado recurrente, don José María C. B., fundamenta, con amparo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, con desconocimiento o violación del artículo 359 de la referida procesal, sobre congruencia con los pedimentos de las partes, y cuya pretensión basa el citado recurrente en la circunstancia de que el auto recurrido reconoce deducciones por gestión que se estima llevada a cabo en favor de la sociedad en cuestión por don Manuel C. B. y cuotas de Seguridad Social por cotización en consideración al carácter del empresario autónomo, puesto que si esta cantidad no es deducible por las razones ya expuestas, y que se dan por reproducidas al respecto, en el cuarto de los fundamentos de Derecho de esta sentencia, es lo cierto que, como asimismo se expone, en cuarto fundamento de Derecho que antecede, que se da por reproducido, es procedente la deducción por el indicado concepto de gestión llevada a cabo por mencionado don Manuel C B., en cuanto entra dentro del ámbito de la solicitud formulada en el escrito de demanda iniciador del juicio de que el ahora recurrido dimana, producido en fase de ejecución de la sentencia que aquel juicio determinó, y cuyas solicitudes de aquella demanda estimó, por lo que ningún abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, ni por tanto desconocimiento o violación se produjo del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre congruencia de las sentencias con los pedimentos de las partes, en contra de lo apreciado por el recurrente, don José María C. B., ya que, una vez más sea dicho, la rendición de cuentas por él solicitada de la gestión de don Manuel C. B. del negocio sometido a controversia y puesta a disposición de aquél del saldo que le corresponda, indudablemente requiere la previa determinación en el proceso entablado de los gastos a deducir para que el resultado de la rendición de cuentas sea correcto, y entre esos gastos los que se estimaron procedentes por aquella gestión llevada a cabo por don Manuel C. B.

Carece de consistencia, y por tanto es de desestimar, el segundo de los motivos en que don José María C. B trata de amparar el recurso por él ejercitado, y que fundamenta, al amparo del número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en incompetencia o inadecuación del procedimiento, y que trata de deducir por pretendida improcedencia de que en el procedimiento de que ahora se trata se haga pronunciamiento sobre derecho de retribución a don Manuel C. B., por el expresado concepto de gestión y cuotas devengadas por él a favor de la Seguridad Social, porque, insistiendo en lo expuesto en el precedente fundamento de Derecho, requiriendo la rendición de cuentas solicitada por don José María C. B., y consiguiente puesta a su disposición el saldo que como consecuencia de ellas le corresponda, claro es que ha de determinarse previamente, en el procedimiento establecido a tal fin, los gastos que corresponda deducir para que, en comparación a los ingresos, pueda apreciarse el resultado de tales cuentas, y entre cuyos gastos, es de insistir, procede considerar si son o

no procedentes los referentes a la gestión encomendada y llevada a cabo por don Manuel C. B. en relación con la sociedad concertada con su hermano don José María C. B., ante lo cual no se produce la incompetencia o inadecuación del procedimiento que se aduce como base fundamentadora del motivo que ahora se examina, dado que en el campo jurídico-procesal no es de apreciar como inadecuado lo que es preciso para llegar, dentro de un procedimiento entablado, a la solución que en él se requiere.

Tratando del recurso de casación interpuesto por don Manuel C. B., en lo que se refiere al primero de los motivos en que se fundamenta, formulado, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendido error en la apreciación de la prueba, y que dicho recurrente trata de deducir del documento-informe obrante en autos, emitido por el Profesor mercantil don José Antonio Talavera Casco, su inconsistencia y consiguiente desestimación surge de que, aparte de haber sido ya considerado dicho documento-informe por el Tribunal sentenciador de instancia, en conjunción con los demás medios de prueba practicados en el incidente originador del auto de que dimana dicho recurso, por lo que no es de tener en cuenta en casación, revelando, en esencia, la pretensión de llevar a cabo en él una nueva valoración de la prueba, lo que no es procedente por su carácter extraordinario, pues, como tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 21 de marzo y 21 de mayo de 1985, 24 de febrero y 26 de septiembre de 1986 y 30 de junio de 1987, no se está en presencia de una tercera instancia, sino de un mero remedio procesal encaminado a determinar si reconocidos en la sentencia recurrida unos hechos es o no correcta la apreciación jurídica llevada a cabo con base en aquéllos, es lo cierto que, a todo evento, hay que tener en cuenta que según también reiterado criterio jurisprudencial, reflejado, entre otras, en Sentencias de 22 de febrero y 29 de noviembre de 1985, 17 de febrero y 10 de noviembre de 1986 y 21 de abril y 25 de mayo de 1987, la prueba de informes, al igual que la pericial, no tiene el carácter de documento a efectos de casación.

Es asimismo de rechazar el segundo de los motivos en que don Manuel C. B. fundamenta el recurso de casación por él interpuesto, y cuyo motivo ampara en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y basa en pretendida infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.033, regla cuarta, de dicha Ley procesal, e inaplicación de los artículos 3.1 y 4.1 del Código Civil, pretendiendo con ello el incremento de la cantidad fijada en el auto recurrido en orden a retribución que por gestión social en él se acoge, pues, aun sin tener en cuenta que la cita de preceptos meramente procesales no son eficaces para generar casación con base en pretendida infracción de normas del ordenamiento jurídico, al requerirse a tal fin la consideración de preceptos de índole sustantiva, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencias de 14 de julio de 1983, 20 de noviembre de 1984, 9 de julio y 3 de noviembre de 1986 y 4 de febrero de 1987, ninguna base eficiente se aporta para llegar a la fijación de una cantidad superior a la reconocida, por el concepto de gestión social que en exclusiva fue encomendada a don Manuel C. B., por lo que procede mantener la de 8.649.180 pesetas fijada por la Sala sentenciadora de instancia, y que correctamente se fundamenta en norma referente a actividad de administrador que considere la precitada regla cuarta del artículo 1.033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de procedente aplicación al respecto según viene indicado y razonado en el quinto de los precedentes fundamentos de Derecho, que se da aquí por reproducido, y más si se considera, en todo caso, la aplicación analógica que propugna el número 1 del artículo 4.º del Código Civil, y que para desvanecer el módulo

cuantitativo cifrado en el auto recurrido en la expresada suma de 8.649.180 pesetas, establecido sobre el módulo cuantitativo del 10 por 100 de los ingresos obtenidos durante los dieciocho años que se reconocen, en el ámbito temporal, para la actividad de gestión, y consiguiente administrativa, en exclusiva, llevada a cabo por don Manuel C. B., generada por la encomienda de dicha gestión y marcha de la sociedad de que se trata, se habría precisado para llegar a bases diferentes de interpretación y analogía a que se refieren los artículos 3.1 y 4.1 del Código Civil, en que pretende apoyarse el recurrente don Manuel C. B. para en su solicitud de incremento de la referida cantidad reconocida, al aportar elementos fácticos reveladores de la procedencia de ese incremento, lo que no consta producido, y mayormente en cuanto se pretende alterar un módulo que, como el consignado en el 1.033 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la actividad de administrador, viene establecido legalmente y es cuando menos, cual viene puesto de manifiesto, de analógica aplicación al supuesto objeto de controversia.

Decae el tercero de los motivos del referido recurso de casación interpuesto por don Manuel C. B., que éste formula, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada interpretación errónea del artículo 1.214 del Código Civil, cuanto debido a que al no hacer cita ni aplicación el auto recurrido de este precepto del mencionado cuerpo legal sustantivo, mal puede entenderse aplicado, por derivación de interpretación errónea, lo que no se aplicó, cuanto en razón a que, en contra de lo apreciado por dicho recurrente, al no haber admitido, sino por el contrario impugnado, don José María C. B. las cuentas presentadas por su hermano don Manuel C. B. en todos sus conceptos y cantidades, en modo alguno puede entenderse que aceptó, ni explícita, ni implícitamente, el haber ya percibido, a cuenta de la liquidación a practicar, la cantidad de 1.917.230, sobre cuyo derecho de no reconocimiento en el auto impugnado no se ha producido impugnación por el tan meritado recurrente, don Manuel C. B., con base en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que se trata de un aspecto fáctico que ha quedado incólume y, por consiguiente, vinculante en casación.

En consecuencia procede declarar haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por don José María C. B., y desestimar en su integridad el interpuesto por don Manuel C. B., lo que determina, en virtud de lo normado en el número tercero del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que haya de resolverse lo adecuado como consecuencia de esa estimación parcial del mencionado recurso interpuesto por don José María C. B., y que ha de ser en el sentido de modificar el auto recurrido no acogiendo de él la cantidad de 884.369 pesetas que se asignan por cuotas de la Seguridad Social a cargo de don Manuel C. B., por lo que procede fijar la cantidad de 5.712.040,50 pesetas, como la que debe abonarse con arreglo a la ejecutoria al actor, don José María C. B., por el demandado, en concepto de beneficios sociales que a aquél corresponden, en resultante de asignar a la cantidad por ingresos no contradicha por la suma de 86.491.809 pesetas, las deducciones por el concepto de gastos por las sumas de 66.418.548 pesetas, tampoco contradicha, y de 8.649.180 pesetas, reconocida en la presente resolución por remuneración de gestión y marcha del negocio cuestionado, y consiguiente administración, a don Manuel C. B.

R. DE A.

SEGURO VOLUNTARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: EXCLUSION DE HIJOS DEL ASEGURADO (NO PROCEDE EN ESTE CASO, POR NO SER CLAUSULA SUSCRITA POR LA ASEGURADA) (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1989).

Con ocasión del accidente sufrido por doña Manuela M. G. el día 3 de junio de 1985, en trance de pilotar su propio automóvil Renault 5 GTL, matrícula O-6526-AC, por la carretera O-481, en el que hallaron la muerte tanto ella como sus dos hijas Sonia y Noelia G M., ambas menores de edad, el esposo y padre, respectivamente, de las víctimas formuló demanda contra la compañía ahora recurrente en reclamación de 7.000.000 de pesetas como indemnización por el fallecimiento de sus hijas en atención de tener suscrita su esposa, igualmente fallecida, una póliza de seguro voluntario complementario de Responsabilidad Civil como tomadora del mismo, habiéndose centrado fundamentalmente la oposición por la aseguradora en quedar excluidas las hijas fallecidas del riesgo cubierto por dicha póliza, habida cuenta de no estar consideradas como terceros por disposición del artículo 23 del condicionado general de aquélla en relación con el artículo 20.1 del mismo texto contractual.

Dado que el único motivo que se encauza por vía del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el quinto, ha de ser examinado en primer término, ya que la finalidad casacional de la norma es corregir el *factum* establecido en la sentencia combatida como se colige de su misma literalidad, lo que en gran medida viene a condicionar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, que por ser revisable exclusivamente, cuando de normas sustantivas se trata, por el cauce del ordinal quinto del mismo precepto procesal, en el presente caso, como en casi todos, viene a erigirse en premisa incuestionable de la supervisión que la casación encierra dentro del sistema hermenéutico al que es obligado someterse. Pues bien, por esta misma consideración es evidente la incorrección y subsiguiente fracaso del motivo quinto que se analiza, porque lejos de combatir los hechos declarados por las sentencias de instancia —la de apelación asume y confirma íntegramente la de primer grado—, acusa el error interpretativo del artículo 23 del Contrato de Seguro soporte de la acción ejercitada en relación con el artículo 3.° de la Ley de Contrato de Seguro, cuestión ésta que debió ser propuesta al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 ya invocado y con cita de los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil que se estimaron infringidos, razón por la que a tenor del artículo 1 710-2.° de la misma Ley procesal civil, siendo causa de inadmisión se convierte en este trance procesal en causa de desestimación.

El motivo primero, bajo la égida del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, en relación con el artículo 1.281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aparte del error de cita del texto legal al que corresponde este último precepto, es lo cierto que no puede prosperar este motivo, porque si bien es patente que la Ley aplicable es la consignada al principio, reguladora del Contrato de Seguro, habida cuenta de lo dispuesto en sus disposiciones transitoria y final, por lo que su entrada en vigor, el 16 de abril de 1981, y la fecha del accidente, en 3 de junio de 1985, eliminan la menor duda al respecto, como también es cierto que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 26 de octubre de 1984, 22 de abril de 1986 y 25 de mayo de 1988) tiene sentado que la acción directa que emana del artículo 76 de la Ley de 8 de octubre de 1980 tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo del que dicha acción dimana, porque su contenido, si bien es fuente de derecho del asegurado y del perjudica-

do frente al asegurador, por otro lado permite hacer valer a éste ante ambos, aquel contenido limitador, pero no lo es menos que la sentencia recurrida, como la de primera instancia proclaman rotundamente que dicha cláusula limitativa (la del artículo 23 del condicionado general de la póliza) no fue aceptada ni firmada por la tomadora del seguro, por lo que no habiéndose impugnado tal afirmación no puede lógicamente estimarse como vinculante, puesto que no forma parte del contrato de referencia y de ahí la aplicación correcta verificada por la Sala de Instancia del artículo 73 en relación con el artículo 3.°, ambos de la Ley del Seguro tantas veces invocada, no pudiendo haberse consecuentemente violado el artículo 1.281 del Código Civil en punto a la literalidad o intención de las partes en lo que concierne a una cláusula, que, como se dice, carece de carácter vinculante por no formar parte integrante del contrato.

El motivo segundo, bajo la misma sede casacional del anterior al denunciar la vulneración de los artículos 1.091, 1.255 y 1.281-1.ª, párrafo del Código Civil, y artículo 385 del Código de Comercio, fracasa porque pretendiéndose con ello la aplicación del principio *pacta sunt servanda* en lo atinente a la cláusula limitativa del artículo 23 del condicionado general de la póliza de seguro de autos, se está haciendo supuesto de la cuestión, habida cuenta de lo ya dicho en cuanto que dicha cláusula no ha sido aceptada ni firmada por la tomadora, no formando consecuentemente parte del contrato ni proyectando vinculación alguna que puede ser opuesta por la aseguradora para repudiar el pago de la indemnización, por lo que el ordenamiento jurídico integrado por los preceptos señalados en el motivo no han podido ser conculcados.

El motivo tercero, residenciado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala como infringido el artículo 38 de la Orden ministerial de 31 de marzo de 1977, en relación con el artículo 6.º del Código Civil, y el motivo cuarto, muy similar al tercero, con su misma sede casacional, denuncia la infracción del mismo artículo de dicha Orden ministerial, y el artículo 3.º del Código de Comercio, han de ser analizados conjuntamente y, asimismo, conjuntamente rechazados por las siguientes razones: A) porque como se ha expuesto, y vistos los artículos 3.º y 73 de la Ley de 8 de octubre de 1980, jurídicamente no tiene virtualidad vinculante, por falta de firma y aceptación la cláusula excluyente de referencia; B) porque una Orden ministerial no es apta para su acceso a casación (Sentencias de 3 y 8 de febrero, 15 y 16 de diciembre de 1986 y 5 de abril de 1988); C) porque la Ley de 8 de octubre de 1980, en su disposición final, derogó las disposiciones contrarias a ella, y D) porque considerando que sobre todo en vehículos de uso privado, que son la mayoría de los circulantes, el porcentaje de personas familiarmente allegadas es infinitamente superior a las extrañas, la exclusión de las primeras como personas protegidas por el Seguro de Responsabilidad Civil contra terceros, aunque puedan serlo por la vía del «Seguro de Ocupantes del vehículo», pudiera entrañar una fuerte desproporción de contraprestaciones exenta en alguna medida de la exigible equidad [párrafo C), número tercero, del artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, general para la defensa de los Consumidores y Usuarios], cuya nulidad posible podría ser objeto de consideración futura por la Administración Pública conforme al mandato que encierra el artículo 3.º-3 de la Ley 8 de octubre de 1980, cuestión que no habiendo sido materia del recurso, que centrado en la aceptación y firma del artículo 23 del condicionado general del seguro, como también lo fue en primera instancia, no es dable pronunciarse sobre extremo tan específico en este recurso extraordinario.

R. DE A.

QUIEBRA: DENEGACION, POR EL JUZGADO, DE PRUEBA POR LA QUE LOS PROMOTORES DEL PROCEDIMIENTO PRETENDIAN ACREDITAR EL SOBRESEIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES POR EL PRESUNTO QUEBRADO. ANULACION DE ESTA DENEGACION (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1989).

Los antecedentes configuradores de la cuestión litigiosa a que se refiere este recurso de casación son los siguientes: Primero· En 10 de mayo de 1986, las entidades mercantiles «Compañía Oleícola y Productos Especiales, S. A.» (en anagrama, «Koipe, S. A.»), y «Marie Brizart España, S. A.», bajo una misma representación procesal, pidieron la declaración de quiebra necesaria de la también mercantil entidad «Luis Calderón y Cía., S. A.» Para justificar los créditos que decían ostentar contra esta última entidad cuya declaración de quiebra postulaban, con su escrito inicial del procedimiento la primera de las solicitantes («Koipe, S. A.») acompaña las facturas y albaranes correspondientes a las mercancías que había vendido y suministrado a la deudora, por importe de 2.129.518 pesetas (folios 5 a 25 de los autos) y la segunda de las referidas solicitantes («Marie Brizart España, S. A.») acompañó una letra de cambio, protestada por falta de aceptación, con vencimiento al 20 de abril de 1986, por importe de 280.201 pesetas, en la que aparecen como libradora la aludida solicitante y como librada la entidad «Luis Calderón y Cía., S. A.», y que aquélla dice corresponder al importe de las mercancías que había vendido y suministrado a ésta. Para acreditar el sobreseimiento de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones por parte de «Luis Calderón y Cía., S. A.», las dos entidades solicitantes propusieron prueba testifical. Segundo: El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, al que por turno de reparto correspondió conocer de dicha petición, por estimar que las facturas, albaranes y letra de cambio aportados no eran títulos suficientes para justificar, a estos efectos, los créditos que las solicitantes decían tener contra «Luis Calderón y Cía., S. A.», ni para acreditar que ésta haya sobreseído de una manera general en el cumplimiento de sus obligaciones, y sin admitir, ni practicar, la prueba testifical propuesta, dictó auto de fecha 20 de mayo de 1986, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: No ha lugar a la admisión de la petición de quiebra formulada por la Procuradora doña Elsa María Fuentes García, en nombre y representación de «Koipe, S. A.», y de «Marie Brizart España, S. A.», respecto de la entidad mercantil «Luis Calderón y Cía., S. A.» Tercero: Contra dicho auto, las entidades solicitantes interpusieron recurso de reposición, al mismo tiempo que propusieron prueba documental y nueva testifical para acreditar el sobreseimiento de la deudora en el cumplimiento de sus obligaciones. Cuarto: El referido Juzgado, sin practicar las pruebas testificales propuestas, dictó auto de fecha 13 de junio de 1986, por el que desestimó el expresado recurso de reposición. Quinto: En grado de apelación, la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, por medio de auto de fecha 13 de julio de 1987, después de considerar que los albaranes y letra de cambio aportados por las entidades actoras son títulos suficientes para justificar sus respectivos créditos, desestima el recurso de apelación y confirma el auto del Juez, por considerar que las entidades actoras no han probado que la deudora haya sobreseído en el cumplimiento de sus obligaciones. Sexto: Contra el expresado auto de la Audiencia, las entidades «Koipe, S.A.», y «Marie Brizart España, S. A.», interponen el presente recurso de casación, que articulan a través de dos motivos.

Como el auto del Juez de Primera Instancia parece que no se pronuncia sobre la procedencia o no de declarar la quiebra solicitada, sino que, entendiendo que las entidades actoras carecen de legitimación o personalidad para pedir dicha

declaración (al no haber justificado sus créditos respectivos mediante título adecuado para ello), hace caso omiso de las pruebas testificales propuestas y, *a limine,* no admite a trámite la referida petición (la parte dispositiva de dicho auto, anteriormente transcrita, así lo indica) y como, por otra parte, la Sala de apelación, no obstante entender que las entidades actoras están investidas de la exigible legitimación activa para postular la declaración de quiebra necesaria de la deudora (por ser, según dice el auto aquí recurrido, los albaranes y la letra de cambio aportados por dichas entidades actoras, títulos suficientes y adecuados para justificar sus respectivos créditos), como no obstante tal criterio, decimos, la Sala *a quo* confirma el auto del Juez, por no haber «depuesto» los testigos propuestos por las actoras, ni, por tanto, haber éstas probado que la entidad deudora haya sobreseído en el cumplimiento de sus obligaciones, ello nos lleva, antes de entrar en el estudio de los motivos que integran el presente recurso de casación y como presupuesto indispensable para ello, a hacer las consideraciones siguientes. De los requisitos esenciales que, supuesta la cualidad, aquí no cuestionada, de comerciante del deudor, condicionan la declaración de quiebra necesaria del mismo, a petición de uno o varios de sus acreedores, cuales son: *a)* que éstos acrediten su legitimación activa mediante la aportación del título o títulos justificativos de sus créditos, y *b)* que prueben que el deudor ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones, el primero de ellos ha de concurrir y acreditarse, con simultaneidad cronológica, en el momento mismo de formularse la referida petición, de tal modo que si no aparece acreditado en debida forma, el Juez, apreciando *ex officio* dicha falta de legitimación activa en el acreedor o acreedores solicitantes, ha de denegar *a limine litis,* no propiamente la pretendida declaración de quiebra, sino la admisión a trámite de la referida petición, mientras que, concurriendo ese primer requisito, que es un auténtico presupuesto procesal, el Juez debe admitir y practicar la prueba propuesta por el acreedor o acreedores solicitantes para que, mediante ella, éstos puedan acreditar la concurrencia del segundo de los apuntados requisitos (sobreseimiento del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones), porque así lo preceptúa imperativamente el artículo 1.325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que acreditada por el acreedor su legitimación activa (personalidad le llama) «*se le admitirá* la prueba que presente sobre los extremos comprendidos en el artículo 1.025 del Código de Comercio» (de 1829), extremos que hacen referencia al aludido segundo requisito, en concordancia con el artículo 876 del Código de Comercio vigente.

Por el motivo primero, articulado por el cauce del ordinal tercero (suponemos que inciso segundo) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el que denuncian «infracción de las normas que rigen los actos procesales» y citan como «infringidas las disposiciones del artículo 1.325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 876 del Código de Comercio», los recurrentes aducen, en esencia, que el auto aquí recurrido, que les reconoce legitimación activa para postular la declaración de quiebra de la entidad deudora, deniega, sin embargo, dicha declaración por no haber probado que la deudora ha sobreseído en el cumplimiento de sus obligaciones, cuando dicha prueba no le ha sido admitida. Efectivamente, teniendo en cuenta la doctrina que hemos expuesto en el fundamento anterior, el referido motivo ha de ser estimado, ya que si la Sala *a quo* ha apreciado que en este supuesto concurre el primero de los apuntados requisitos (legitimación activa de las actoras), apreciación que aquí ha de mantenerse invariable, al no haber sido sometida a esta revisión casacional, no puede denegar la pedida declaración de quiebra con base en que las actoras

no han probado la concurrencia del segundo de los ya citados requisitos, pues dicha prueba no han podido practicarla al no haberle sido admitida por el Juez, por lo que la Sala, al estimar concurrente el requisito de la legitimación activa, debió limitarse a revocar el auto del Juez y devolver a éste las actuaciones para que practicara las pruebas que oportunamente propusieron las actoras y no le fueron admitidas. No habiéndolo hecho así la Sala de apelación, incurrió en infracción del artículo 1.325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la consiguiente indefensión para las entidades actoras, aquí recurrentes, lo que ha de determinar, como ya se ha dicho, la estimación de este motivo.

El acogimiento del motivo primero, que impide el estudio del segundo, nos obliga, conforme preceptúa el número segundo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con estimación del presente recurso y casación y anulación de los autos dictados en ambas instancias, a mandar que se remitan las actuaciones al Juzgado para que, con reconocimiento de legitimación activa en las entidades actoras para pedir la declaración de quiebra a que este supuesto se refiere, sean practicadas las pruebas que dichas entidades propusieron y, una vez practicadas, se dicte la resolución que sea procedente en Derecho; sin expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, ni de las de este recurso y debiendo devolverse a las recurrentes el depósito que constituyeron.

R. DE A.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO. NO PROCEDE EL RETRACTO DEL COLONO DE UNA PARTE INDIVISA DE LA FINCA SOBRE LA TOTALIDAD DE LA MISMA, QUE ESTA OCUPADA POR OTROS COLONOS ADEMAS DE POR LOS ACTORES (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1986).

Declarada la admisión del retracto por el Juzgado de Calatayud, la Audiencia de Zaragoza la denegó, sin que prosperara el recurso de casación.

Los actores eran arrendatarios de la cuarta parte de la finca y pretenden el retracto de dicha participación, debiendo aceptarse el razonamiento de la Audiencia de que no es procedente extender el derecho de retraer hasta hacerle abarcar la totalidad de la finca ocupada por otros dos colonos además de por los actores, de lo que no se ha hecho mérito a lo largo del juicio, efecto que se seguiría de estimar la demanda, según se pide. La Audiencia estima que el retracto únicamente puede ejercitarse sobre lo arrendado, es decir, la cuarta parte indivisa de las parcelas arrendadas, no siendo procedente otorgar el retracto en esta forma incorrecta, porque la sentencia sería incongruente. El retracto tiene por límite la parcela cultivada por la parte retrayente y a ella y no a la totalidad de la finca

debe contraerse y, al ser enajenada la cuarta parte indivisa, el retracto debió reducirse, refiriéndolo a esa parte de la parcela, con cuya pretensión no se hubiera desconocido, que se vendía una parte indivisa y tampoco hubiera excedido la pretensión el límite espacial de la concreta parcela que da derecho al retracto y, a su través, al acceso a la propiedad de la cosa arrendada que no es sino la tan repetida parcela, límite infranqueable del derecho ejercitado, que entendido como lo hace la recurrente no sería respetado al abarcar la totalidad de la finca.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL ARRENDATARIO EN FINCAS DISTINTAS DE LAS ARRENDADAS NO DETERMINAN LA RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1986).

No admitió la resolución el Juzgado de Villanueva de los Infantes pero sí la concedió la Audiencia de Albacete, que declaró resuelto el contrato

Triunfa el recurso de casación. No se puede aplicar la causa de resolución del artículo 75 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya que los daños que sirven de base fáctica a la resolución pretendida no se han producido en las fincas arrendadas sino en otras, expresamente excluidas del arrendamiento y, en consecuencia, no comprendidas en el mismo, como revelan las Sentencias de 23 de enero de 1943, 22 de marzo de 1955, 23 de enero de 1959 y 28 de abril de 1969, por lo que determina que si hubieran producido daños en las fincas de los demandantes no comprendidas en el contrato, el cauce será el del correspondiente juicio declarativo ordinario y no el de la legislación arrendaticia que inadecuadamente han acudido los actores y cuyas acciones quedan reservadas a aquellos para su ejercicio en el procedimiento adecuado.

RETRACTO. EFECTUADA LA COMPRAVENTA QUE DA LUGAR AL RETRACTO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA NUEVA LEY, SE SIGUE LA RADICAL INAPLICABILIDAD DE ESTA AL RETRACTO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1986).

Estima la demanda el Juzgado número 3 de El Ferrol y la confirma la Audiencia.

Tampoco prospera el recurso de casación. El derecho de retracto, según la Disposición Transitoria primera de la Ley de Arrendamientos Rústicos, interpretada por las Sentencias de 12 de marzo y 9 de abril de 1984 y de 23 de diciembre 1985, surge al tiempo de ser otorgada la escritura pública de compraventa, pues el contrato y el derecho de retracto de él derivados se rigen por la legislación anterior, confirmando así lo establecido por la Disposición Transitoria primera del Código Civil, ya que la retroactividad que estipula es de grado mínimo, que sólo permite la aplicación de la nueva Ley a los efectos de la relación jurídica que nazcan después de la vigencia de la misma, como los derechos de retracto derivados de transmisiones efectuadas después, aunque el contrato sea anterior, lo cual no es obstáculo para que en el aspecto procesal haya de regir la nueva normativa. Realizada la compraventa antes de la vigencia de la nueva Ley se sigue la radical inaplicabilidad de ésta. Tampoco puede fundarse en el conocimiento por parte del comprador de la transmisión desde la fecha de inscripción en el Registro, ya que la reforma del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos

Rústicos de 1949 suprimió el plazo de un mes para el ejercicio del retracto desde la fecha de la inscripción sustituyéndola por la redacción vigente, que lo era ya en 1977, fecha de la compraventa, en la que se habla del conocimiento efectivo de la transmisión por el retrayente, sin que pueda partirse de la inscripción en el Registro como en la primitiva redacción de la Ley de 1935.

RETRACTO. EL RETRAYENTE NO TIENE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL Y DIRECTO, YA QUE ERA PENSIONISTA DEL REGIMEN AGRARIO, COMO AFIRMA EL CERTIFICADO DE LA CAMARA AGRARIA LOCAL (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1986).

La Audiencia de Zaragoza revoca la Sentencia del Juzgado de Teruel que había admitido el retracto.

No ha lugar a la casación. La Sentencia recurrida niega al actor la cualidad de profesional de la agricultura, basándose en el hecho de haber causado baja en la Mutualidad Agraria como trabajador por cuenta propia en octubre de 1973, convirtiéndose en pensionista por jubilación del régimen especial agrario, desde cuya fecha no se ocupó personal y directamente de las labores agrarias, ya que la situación de jubilado es incompatible con la de cultivador personal, pues para ello se precisa un mínimo de actividad laboral efectiva. Así lo afirma el certificado de la Cámara Local Agraria, lo que se une a la situación de pensionista por jubilación, habiendo causado baja como trabajador por cuenta propia, que tenía al tiempo de la demanda setenta y tres años, no ocupándose personalmente de la explotación de la finca, requisito indispensable para atribuirle la condición de profesional de la agricultura aun cuando las labores las realice el hijo al que, en su caso, podría corresponder tal condición.

ACCESO A LA PROPIEDAD. CONSAGRADO POR LA DISPOSICION TRANSITORIA TERCERA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS LA FACULTAD DE ACCEDER A LA PROPIEDAD EL ARRENDATARIO, SU ADMISION POR LA SENTENCIA IMPUGNADA NO PUEDE ROZAR EL CONTENIDO DEL ARTICULO 33 DE LA CONSTITUCION (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1986).

No admite la demanda el Juzgado número 2 de Pamplona ni la Audiencia Territorial.

No triunfa la casación. La disposición Transitoria tercera de la Ley de Arrendamientos Rústicos consagrada la facultad de acceder a la propiedad el arrendatario, por lo que la admisión por la sentencia impugnada de este derecho en el demandante no puede rozar el contenido del artículo 33 de la Constitución, precepto que, aparte de ofrecer al propietario la garantía que contiene la legislación de Expropiación Forzosa, no sólo no supone obstáculo para las modalidades expropiatorias habilitadas por la ley sino que constitucionaliza al lado de la utilidad pública el interés social como causa de la privación forzosa de la propiedad. No se puede admitir la reconvención del arrendatario que pedía la resolución del arriendo, ya que en un pleito procedente fue enjuiciada y denegada esta pretensión resolutoria del vínculo arrendaticio existente, lo que, dada la fuerza de la cosa juzgada, ha de mantenerse por la identidad de las personas y de la cosa objeto del arrendamiento sin que se haya interpuesto el recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia que puso fin a aquel pleito.

C. R. R.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. LA INTRODUCCION DE UNA TERCERA PERSONA QUE REUNA LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA REGLAMENTACION DEL BINGO, SUPONE EL SUBARRIENDO PROHIBIDO POR LA LEGISLACION ARRENDATICIA, INCURRIENDO EN LA CAUSA DE RESOLUCION TIPIFICADA POR EL ARTICULO 114, 2, DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1986)

Tanto el Juzgado número 9 de Madrid como la Audiencia estiman parcialmente la demanda concediendo la resolución del arrendamiento pero no la indemnización de daños y perjuicios.

Esta misma doctrina es la del Tribunal Supremo. El contrato de subarriendo de 1980, sin el consentimiento del arrendador, se convino y llevó a efecto entre las partes para adaptarse a las exigencias legales, emanadas de la nueva legislación sobre el juego, ya que la entidad subarrendataria sí reunía las condiciones exigidas por esta legislación, lo que no ocurría con la primitiva arrendataria. Según el Reglamento de 9 de enero de 1979 las empresas de servicios asumen la total responsabilidad por la organización y funcionamiento del juego del bingo, siendo de su cuenta la contratación del personal, el mantenimiento de las instalaciones técnicas del juego, la prestación de la fianza correspondiente y las responsabilidades laborales. No se admite pacto en contrario respecto a esta regulación y si la fianza que debe constituir esta empresa responde del cumplimiento de las obligaciones económicas contraídas por el funcionamiento de la sala de bingo, resulta que sólo esta empresa es la que desempeña toda la actividad que implica el desarrollo del juego, sin relación alguna con la Casa regional arrendataria, situación que supone la introducción de una tercera persona en el uso y disfrute del inmueble, cuya autorización no puede entenderse implícita en la concedida primitivamente para la instalación del bingo, antes del Reglamento de 1979, por lo que está tipificada en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

DESAHUCIO DE NEGOCIO EL ARRENDATARIO HA DE USAR LA COSA ARRENDADA SIN QUE PUEDA QUEDAR A SU ARBITRIO LA EJECUCION DEL CONTRATO, POR LO QUE ES PROCEDENTE EL DESAHUCIO SI EL LOCAL PERMANECE CERRADO LA MAYOR PARTE DEL TIEMPO (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1986).

Estimó la demanda de desahucio el Juzgado número 2 de Segovia, pero la Audiencia de Madrid la revocó.

No tiene éxito el recurso de casación. Se concertó el arrendamiento en 1973, pero con un derecho de prórroga, explotándose normalmente la industria hasta 1981, en que se abría, sólo los días festivos y sus vísperas, siendo declarada la arrendataria pensionista de invalidez absoluta. El uso de la cosa arrendada por el arrendatario tiene también un aspecto obligacional, de modo que si tal utilización no se efectúa se incide en causa de incumplimiento contractual, justificante del desahucio, ya que el no uso acarrea perjuicios para el arrendador, como acaece en el supuesto de paralización de la empresa arrendada por un período de tiempo que rebase el prudencial conforme a lo ordenado en el número 2 del

artículo 1.555 del Código Civil, que afirma el deber de uso de la cosa que atañe al arrendatario, ya que no puede dejarse la realización de lo pactado a la voluntad de uno de los sujetos de la relación bilateral. La sentencia de Primera Instancia mantiene esa doctrina mientras la Audiencia rechaza la demanda por entender que la reducción en la explotación del negocio es debida a la disminución de la clientela por la apertura de la autopista Madrid-Adanero que desvió el tráfico de la carretera general. El recurrente dice que el tramo hasta Villacastín ya estaba abierto al tráfico al celebrarse el contrato y además tal obra no es una situación imprevisible sino que viene precedida de dilatados y complejos trámites preparatorios (proyectos, expropiaciones, exploraciones, etc.), a lo que cabe añadir que la arrendataria no alega desconocimiento de que las obras de la autopista estaban ya iniciadas, sino que la culminación de la misma desvió en gran medida el tráfico que rodaba por esta vía con disminución de la clientela. Ni el principio *pacta sunt servanda* ni la buena fe permiten a la arrendataria la práctica destrucción del negocio, siendo inaceptable el razonamiento de que no se puede exigir una actividad antieconómica, pues en tal caso lo que procede es prescindir del derecho de prórroga, teniendo por extinguido el vínculo con las consecuencias liberatorias aparejadas, máxime dada la situación personal de la arrendataria, que era pensionista como vimos, lo que explica el cierre del establecimiento pero no su retención, a pesar del incumplimiento de lo convenido.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA. LO ARRENDADO FUE UNA INDUSTRIA COMO LO PRUEBA QUE YA FUNCIONABA ANTES, EXPLOTADA POR LOS PROPIETARIOS PRIMERO Y POR LOS MISMOS ARRENDATARIOS DESPUES, CONSTITUYENDO UN CONJUNTO DE ELEMENTOS DEBIDAMENTE ORGANIZADOS Y APTOS PARA PRODUCIR UNA FINALIDAD PRODUCTIVA (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1986).

Tanto el Juzgado de La Seo de Urgel como la Audiencia de Barcelona decretaron el desahucio de la industria arrendada.

Tampoco prospera la casación. La Sentencia impugnada deduce que el contrato de arrendamiento se estableció sobre una unidad patrimonial dotada de vida propia y susceptible de ser puesta inmediatamente en explotación, ya que venía siendo ejercida por el arrendador y después por los mismos arrendatarios, por lo que procede el deshaucio por expiración del término contractual, ya que está sometido al artículo 1.569 del Código Civil. Los recurrentes plantean que el arrendamiento fue de local y no de industria, aun cuando el arrendador les cediere el uso y disfrute, además del local, de otros elementos independientes o marginales respecto de una organización industrial, pero no puede admitirse, ya que si el negocio de cine fue llevado antes por el propietario y después por los mismos arrendatarios, es manifiesto que estamos en presencia de un arrendamiento de industria, ya que lo cedido fue un conjunto de elementos debidamente organizados y aptos para producir una finalidad productiva, maquinaria, mobiliario, cortinajes, altavoces, etc., esenciales para lograr dichos fines sin que se desvirtúe por la circunstancia de que los arrendatarios realizaron obras de mayor o menor importancia en el equipo sonoro o en la calefacción, ya que ello demuestra que existían anteriormente, ni tampoco el que se dieran de alta en la licencia fiscal los arrendatarios, pues el sujeto pasivo de ella lo es el que ejerce tal actividad, en este caso los arrendatarios.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA. LO QUE SE ARRENDO FUE UNA INDUSTRIA DE ESPECTACULOS EXISTENTE COMO TAL DESDE 1924 (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1986).

El Juzgado de Noya y la Audiencia de La Coruña declararon resuelto el contrato de arrendamiento.

La misma doctrina sienta el Supremo. Se discute la calificación jurídica del arrendamiento, de industria o local, con la consiguiente diferencia respecto a su extinción. Ambas instancias coinciden en que fue arrendamiento de industria, ya que el local fue construido en 1919-21 con destino a teatro por los causantes de los actores y desde entonces fue dedicado a cine o teatro por sus propietarios o locatarios hasta que en 1966 fue cedido a la entidad demandada. La calificación de arrendamiento de industria se deriva del contenido del documento privado donde se constató la locación, así como la realidad de que se entregó a la entidad demandada la industria de espectáculo radicada en el local, que ha venido funcionando desde 1924.

TRASPASO. EXISTEN PRUEBAS SUFICIENTES PARA DEMOSTRAR QUE EL NUEVO ARRENDATARIO OCUPO EL LOCAL CON LA AQUIESCENCIA DEL ARRENDADOR (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1986).

El Juzgado número 17 de Madrid y la Audiencia de la misma capital dieron lugar al desahucio.

Prospera la casación. En 1973 se realizó un contrato de arrendamiento por plazo de cinco años que no llegó a agotar la entidad arrendataria, que cesa en su actividad, por dificultades económicas, en 1978, entrando en el local otra entidad que desde entonces efectuó el pago de los recibos en nombre propio. La Sala de instancia proclama que mediaron gestiones entre las partes para llegar a un acuerdo en el arriendo del local e incluso el consentimiento para la permanencia en el mismo durante el tiempo que restaba de contrato, lo que aleja la idea de ser una entrada subrepticia, pero concluye que no llega a demostrarse el acuerdo de voluntades para el nuevo contrato, ya que en 1979 se opuso la dueña de la finca a mantener el mismo estado de cosas. Pero estas tesis no pueden prevalecer por lo siguiente: *a)* No existen exigencias formales para el contrato en la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que es válido el celebrado verbalmente, máxime cuando existen recibos del pago de la renta. *b)* El pago se efectuó en nombre propio por la nueva arrendataria como ocupante del local y a su nombre fueron extendidos los recibos. *c)* Aunque el contrato debía acabar en 1978, debe admitirse la prórroga forzosa por imperativo del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *d)* No se trata de conversaciones preliminares sino que fue una regulación vinculante de los correspectivos intereses que se tradujo en la ocupación del local por el nuevo arrendatario. *e)* La posible extralimitación de facultades de los apoderados de la arrendadora debió ser planteada en otro litigio con intervención de todos los interesados, siendo la percepción del precio por la arrendadora una ratificación a los efectos del artículo 1.727 del Código Civil.

C. R. R.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION REALIZADA POR LOS HEREDEROS. COMPILACION ARAGONESA. USUFRUCTO UNIVERSAL VIDUAL. RENDICION DE CUENTAS. Artículos 72, 79 y 84 de la Compilación Aragonesa (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara haber lugar en parte al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandante y apelante contra la sentencia de la Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que había confirmado la del Juzgado de la Primera Instancia de Caspe, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—I. Don M. M. I. murió el 31 de julio de 1973, en estado civil de casado, por el régimen matrimonial de bienes aragonés, sin constancia de capitulaciones matrimoniales y sin haber otorgado testamento. Su viuda (actora y hoy recurrente) y los hijos del matrimonio (demandados) procedieron a distribuir, mediante distintos pactos, que tuvieron lugar en los años 1975, 1978 y 1979, todos los bienes correspondientes a la sociedad conyugal, adjudicándose a la actora un camión y la quinta parte de unos locales-garaje. El bien aparentemente más importante de la herencia (edificio en el que está instalada una industria de fabricación y venta de pan) fue adjudicado a uno de sus hijos, a todos los cuales correspondía una quinta parte de los locales-garaje, con adjudicaciones de cantidades en metálico a otro de los hijos y de un camión a dos de ellos. Los adjudicatarios tomaron posesión de lo que se les había asignado y la actora habita en una vivienda, sita en el edificio en donde está instalada la fábrica de pan. La actora pretende, en su demanda, la nulidad de estas particiones y que, con la consiguiente aportación de bienes, se lleven a cabo las operaciones de disolución, inventario, liquidación y división de la sociedad conyugal, a consecuencia de lo cual correspondería a la demandante, en propiedad, una mitad de tales bienes y en usufructo la otra mitad. La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada en primera instancia, mantiene la validez de la partición realizada, con reserva a la actora, de su derecho de usufructo. La actora recurre con cuatro motivos que se amparan en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. El motivo 1.º alega la infracción del artículo 99, en relación con el 101 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en cuanto de su lectura se deduce que los pactos sucesorios, donaciones universales y donaciones por causa de muerte requieren, como forma de efectos constitutivos, el otorgamiento de escritura pública, por lo cual, teniendo en cuenta el carácter de donación de los pactos que, en este caso, se produjeron y su constancia en documentos privados, tales pactos han de ser tenidos como nulos, en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Tal argumentación contradice claramente los hechos e interpretación que, de su significado, establece la Sentencia impugnada, dentro del ejercicio de su normal potestad, la cual entiende que los pactos que se celebraron entre los coherederos tienen un carácter particional, en los cuales la actora no se desprendió de los bienes que le correspondían, en propiedad, en la herencia de su marido, sino que se dio por pagada, con los que le correspondieron, de su parte en la herencia de su marido por tal concepto, de donde se deduce que los documentos en los que constan aquellos pactos no contienen pacto sucesorio, ni

donación y no requerían, por ello, la formalidad constitutiva del otorgamiento de escritura pública. Por esta razón el motivo debe ser rechazado, así como el tercer motivo que aduce la infracción del artículo 633 del Código Civil.

III. El motivo 2.° entiende infringido el artículo 1.056 del Código Civil, en relación a la distribución de bienes, *inter vivos* o en testamento, por el testador, como acto esencialmente revocable, interpretación cierta, pero no aplicable al caso, pues de lo que en este supuesto se trata es de la partición hecha por los coherederos, facultad reconocida por el artículo 1 058 del Código Civil y uno de cuyos presupuestos es el de la liquidación de la sociedad conyugal del causante, con adjudicación de bienes al cónyuge supérstite en pago de su haber que es lo que se realizó, con criterios de cuya equidad y motivación no se puede juzgar, por falta de datos suficientes y por no ser el tema del proceso.

IV. El cuarto motivo alega la infracción de los artículos 72, 79 y 84 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; 467, 471 y 472 del Código Civil; en cuanto proclamado por la Sentencia el derecho de usufructo vidual de la actora, no condena a la demandada que ostenta la administración de la vivienda-fábrica, como madre de sus hijos menores, nietos de la actora, a que rinda cuentas de la administración de la industria. El derecho a pedir esas cuentas, en la forma pretendida en el punto 3.° del suplico de la demanda, límite de lo que puede establecer la Sentencia, en su parte dispositiva, es innegable, puesto que se trata de un bien productivo cuyos rendimientos están afectados por el usufructo, en la parte que la Sentencia establece, por lo cual el motivo debe ser estimado.

Comentario.—La distinción entre el acto particional —que no precisa la escritura pública como forma *ad substantiam*— y la donación —acto de disposición de bienes que precisa escritura pública como requisito formal esencial— consiste en que en la primera los herederos que la practican no se desprenden de bienes que ya han ingresado en su patrimonio (pues precisamente ingresan en él mediante la partición), mientras que en la donación el donante dispone de un bien que ya le pertenece efectivamente.

F. C. L.

DESHEREDACION. Artículos 853, números 1.° y 2.°, y 855, número 3.°, Código Civil (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. El presupuesto fáctico de que se parte en la litis que aquí concluye viene representado por el ejercicio de una acción dirigida a obtener la nulidad del testamento otorgado por don J. P. A. el 13 de noviembre de 1980, en el cual se desheredaba a su esposa y a sus tres hijos legítimos por concurrir en la primera la causa tercera del artículo 855, y en los segundos la primera y segunda del artículo 853 del Código Civil. Contra dicha desheredación se ejercita por referido cónyuge y descendientes la pertinente acción dirigida a

obtener, fundamentalmente, la declaración de nulidad del referido testamento al no ser ciertas las causas alegadas para desheredar a los actores como herederos forzosos; así como a que se declarase nula la institución de herederos efectuada en referida disposición testamentaria en favor de los padres del causante y hoy recurrentes. La Sentencia que aquí es objeto de impugnación estimó parcialmente la demanda y con base en estimar inciertas las causas de desheredación alegadas en el testamento citado respecto de los indicados esposa e hijos del testador, declarar nula la institución de herederos hecha en el mismo al perjudicar los derechos legitimarios de los citados hijos, por lo que debe abrirse la sucesión abintestato únicamente en lo relativo a los tercios de legítima estricta y de mejora comprendidos en la citada Institución.

2. Para combatir la Sentencia impugnada se formulan tres motivos: el primero, con asiento en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley Procesal, al estimar que lo interesado por los actores no fue que se declararan inciertas las causas de desheredación y sí la nulidad del testamento. Este motivo resulta de imposible estimación en cuanto que en él se parte de lo que no otra explicación tiene que la de un error en la estimación de lo que el suplico de la demanda se expresa y ha quedado expuesto en el precedente fundamento, toda vez que lo interesado precisamente por los actores fue esa nulidad, pero por razón de la inexactitud de las causas de desheredación alegadas por el testador.

3. En cuanto a los motivos segundo y tercero, ambos con el mismo apoyo formal, el número 5.º del mismo precepto que el anterior, denuncian: el primero, la vulneración del artículo 851 del Código Civil, en cuanto la Sentencia que se impugna declara «que no es cierta la causa de desheredación de la esposa» sin obtener ninguna consecuencia jurídica que tal declaración, y en cuanto al segundo, la infracción del mismo precepto del Código Civil, dado que dicha resolución, «al confirmar la Sentencia del Juzgado, declara la nulidad de la institución de herederos hecha en el testamento de don José a favor de los recurrentes», planteando el problema de «si la institución de heredero es compatible con la defensa de los derechos de los legitimarios injustamente desheredados», lo cual, en opinión de los recurentes es contrario a lo que establece la resolución recurrida, toda vez que, sigue diciendo, «la desheredación injusta no comporta la nulidad de la institución de heredero sino la ineficacia sobrevenida de los derechos económicos inherentes a tal condición». Independientemente de los defectos jurídicos que en la exposición de ambos motivos se observa y del igualmente ya apuntado respecto del precedente en orden a una acaso no suficientemente detallada lectura de la Sentencia impugnada, ninguna de dichas motivaciones puede ser aceptada, por las razones que se pasan a exponer en los siguientes fundamentos.

4. Esencial a estos efectos es la adecuada lectura del *petitum* de la demanda y de los considerandos y fallo de la Sentencia impugnada, de los cuales resulta: *a)* La inexistencia de las en el testamento alegadas causas de desheredación de la esposa e hijos legítimos del testador; *b)* La institución de herederos en favor de los padres del causante, hoy recurrentes; *c)* La declaración que se contiene en el fundamento 6.º de la Sentencia de 1.ª Instancia, aceptado, con los restantes, por la aquí combatida, de que la esposa del testador no tiene el carácter de heredero forzoso por razón de que «si bien es cierto que al relacionar los artículos 834 y 835 pudiera estimarse que la separación a que el primero se refiere es solamente la separación judicial, dichos preceptos deben ser actualmente aplicados en el contexto de un ordenamiento jurídico que a partir de la Ley 30/81 reconoce los

efectos de la separación puramente consensual, incluso con efectos retroactivos...»; *d)* Que la nulidad de la declaración de herederos contenida en referido testamento en favor de los ascendientes (padres) del testador se limita a los tercios de legítima estricta y de mejora.

5. Sobre tales bases fáctico-jurídicas, el fracaso de ambas motivaciones se produce porque la Sala *a quo* ha aplicado con una correcta técnica civilista y una no menos adecuada interpretación normativo-teleológica la idea que el legislador plasmó en el artículo 851 del Código Civil y las muy escasas resoluciones de esta Sala han puesto de relieve: que la frase «en cuanto perjudique al desheredado» que en dicho precepto se contiene, proyectándola sobre la anulación de la institución, debe entenderse en el sentido de que dicho perjuicio se produce cuando el heredero forzoso se le priva de su legítima estricta, mas no de la mejora (Sentencia de 23 de enero de 1959 y 9 de octubre de 1975), en cuanto que de ésta puede disponer el testador en favor de cualesquiera de los restantes descendientes (art. 808, párrafo segundo, en relación con el 823 del Código Civil). Pues bien, ello sentado, como en el supuesto que aquí se está contemplando, el testador ha desheredado a todos sus hijos y los únicos beneficiados son sus ascendientes, es evidente que la doctrina indicada no puede ser aplicada al haber dispuesto el causante de la totalidad de sus bienes en favor de quienes, si bien son herederos forzosos, no tienen la condición de descendientes, habiendo en consecuencia privado a éstos no ya sólo de la legítima estricta, sino también de su tercio de mejora, del cual, en este caso, no podía disponer al haber desheredado a todos cuantos podrían tener derecho a él. Y como las causas de desheredación consignadas en el testamento han sido desestimadas en la Sentencia impugnada, al no haberse probado por quienes debían hacerlo (art. 850 del Código Civil), según se declara en el fundamento tercero de la Sentencia recurrida, obvia resulta la desestimación del motivo.

6. Por último, y en lo que al cónyuge supérstite se refiere, dado que a él se hace una específica referencia en el motivo segundo, es de indicar que tampoco pueden ser atendidas las alegaciones hechas en dicha motivación, consistentes en que la esposa del testador no se encuentra situada en el lugar que el artículo 851 del Código Civil establece para poder actuar la pretensión que esgrime en la litis, dado que como vivía separada del esposo no tenía derecho a la legítima y, a su vez, si no era titular de derechos legitimarios la impugnación de la desheredación pierde todo su sentido. La motivación parece, en primer lugar, por su completa intrascendencia a los efectos de la litis, dado que legitimada o no para el ejercicio de la acción de impugnación de la desheredación, ésta habría de seguir su «iter» por esgrimirla también los hijos del causante. Pero es que, además, en el motivo se están confundiendo dos conceptos distintos, el de la desheredación y el de los derechos legitimarios, y ello pese a que existiendo ya esa separación de hecho de que el motivo habla y aparece indicada en el primero de estos fundamentos, el causante testador deshereda a su mujer con base en las circunstancias que en el testamento expresa, desheredación que por las razones expuestas en el tercer fundamento de la Sentencia de apelación no tenía razón de ser, sin que ello, por las consideraciones igualmente expuestas en dicha resolución, se traduzca en un derecho a la legítima vidual que la concede el artículo 834 del Código Civil, derecho legitimario éste que el juzgador de apelación la niega sin que se haya impugnado por la interesada tal declaración.

F. C. L.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. SEPARACION DE HECHO, ADOPCION DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL POR SU PADRE. Artículos 675 del Código Civil, 114 de la Compilación de Cataluña (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia de Barcelona, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tarrasa, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. Para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre el anteponer al examen de sus motivos los siguientes antecedentes de hecho: *A)* J. L. E., nacido en La Coruña (9 de mayo de 1904), contrajo allí matrimonio canónico con la demandada, P. S. F. (24 de octubre de 1926); de cuyo matrimonio nació (1928) la también demandada P. L. S. *B)* En el año 1942 el matrimonio se trasladó a Barcelona, y en este mismo año se separaron de común acuerdo. Esta separación fue instrumentada mediante escritura pública de 26 de junio de 1946 en la que manifiestan que, por incompatibilidad de caracteres viven separados desde el año 1942 «y así prometen continuar, con la promesa formal de renunciar a ejercitar entre ellos toda acción que pudiera dejar sin efecto lo aquí pactado y al propio tiempo respetar la vida privada y pública que cada uno de ellos realizare, con plena independencia y sin intromisión de uno en las actividades del otro», que, «sin perjuicio de los derechos y obligaciones de orden paterno-filial, que son indeclinables y no susceptibles de contratación» convienen respecto de su común hija María del Pilar el régimen de convivencia; y, «para que quede bien puntualizada la posición actual de los cónyuges respecto a sus bienes privativos y a la sociedad conyugal» declaran que Julio nada adeuda a Pilar, y a continuación pormenorizan al máximo, incluso respecto del mobiliario, la distribución efectuada, concluyendo que, por todo ello, «si actualmente hubiera que hacerse *(sic)* liquidación total entre los cónyuges, ninguno debería abonar cantidad alguna por razón de bienes privativos, dotales, parafernales u otros, ni por razón de bienes gananciales, pues de lo que pudiera representar bienes gananciales cada uno de los cónyuges tiene la mitad respectivamente». En esta misma fecha constituyeron depósito notarial de un pliego cerrado que contenía documento privado en el cual y con referencia a la escritura de aquella misma fecha introducen más puntualizaciones acerca de su separación, entregándose cantidad a la mujer y pactándose pensión y modo de satisfacerla, contrayendo la mujer el compromiso de fijar su residencia fuera de la región catalana. *b)* Desde el mismo año de la separación, al menos, Julio convivió con R. M. D., de nacionalidad argentina, la cual tuvo dos hijos, es a saber, María (9 de agosto de 1946) y Julio (21 de abril de 1948), los cuales, siendo Julio testigo de la inscripción de nacimiento, fueron registrados como hijos naturales de Rosemary. *C)* Según escritura pública de 18 de octubre de 1957 y mediando el preciso consentimiento de la demandada, P. S. F., Julio adoptó a los dos hijos de R. M. D. y otorgando que se les concede el derecho a usar el apellido del adoptante juntamente con el de la madre de los adoptados, como si fueran nacidos de legítimo matrimonio; pero sin obligarse a constituirlos herederos ni otra alguna estipulación concerniente a bienes. *D)* Julio falleció el 18 de junio de 1977, bajo testamento que había otorgado ya el 13 de noviembre de 1947. En dicho testamento instituyó por herederos a su hija P. L. S. «y a los demás hijos que tenga en lo sucesivo» y lega todos los bienes muebles, excepto valores, a

R. M. D., a más de otras disposiciones que ahora no importan *E)* En 15 de marzo de 1978, P. S. F. y P L. S. otorgaron escritura de manifestación de la herencia causada por Julio conforme a dicho testamento de 1947 manifestando que del matrimonio del mismo con Pilar «ha habido y existe una sola hija, la comparecíente», María del Pilar, otorgando la aceptación de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes en los términos que resultan. *F)* Entablada por María y Julio la demanda que originó el juicio de que el presente recurso dimana, la Sentencia del Juzgado la estimó parcialmente y declaró que los hijos adoptivos, en su calidad de tales, tienen también la condición de herederos del causante, «de acuerdo con lo dispuesto en el último y válido testamento de 13 de noviembre de 1947»; que las operaciones sucesorias debían practicarse con todos los herederos y con los cálculos y porcentajes fijados en el hecho undécimo de la demanda, Pilar, por legítima 25 por 100 y por un tercio del remanente hereditario 19,44 por 100 y en total 44,44 por 100 María y Julio, cada uno de ellos, por su legítima 8,33 por 100 y por un tercio del remanente hereditario 19,44 por 100 y en total 27,77 por 100 cada uno); que la liquidación de la sociedad de gananciales sin la presencia de todos los herederos es nula y no surte efecto alguno; que no pueden incluirse en el inventario y liquidación los bienes procedentes de la madre del causante, Julia E. R.; y que es nula la escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia otorgada el 15 de marzo de 1978. La Sentencia de la Audiencia recaída en recursos de apelación interpuesto por ambas partes litigantes revoca parcialmente el fallo del Juzgado únicamente en el sentido «de añadir al tercero de los pronunciamientos que la sociedad de gananciales fue liquidada en virtud de escritura pública otorgada por los cónyuges el 27 de junio de 1946», manteniendo el resto de los pronunciamientos. Contra esta Sentencia se ha interpuesto un único recurso de casación por la parte demandada, o sea, por P. L. S. y P. S. F., articulando tres motivos, todos ellos al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero por infracción del apartado octavo del artículo 9.º y artículos 177, 180 y 772 del Código Civil, y muy especialmente del artículo 114 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960; el segundo por infracción del artículo 675 del Código Civil, y el tercero por la de los artículos 1.315, 1.316, 1.320, 1.417 y 1.433 del Código Civil y de la doctrina legal de las Sentencias de esta Sala que cita

2. La Sentencia de la Audiencia contra la que se endereza el presente recurso de casación es terminante en cuanto al punto fundamental del contenido de la voluntad del testador. Según el órgano *a quo* «la voluntad del causante respecto del llamamiento cuestionado no ofrece la más mínima duda, toda vez que separado de hecho de su esposa, llegando a formalizar sus efectos económicos en escritura pública, diez años después se produce la adopción de los actores, con expreso consentimiento del cónyuge ahora demandado, quien autorizó dicha adopción expresándolo en escritura pública, manteniendo los hijos adoptivos una continua posesión de estado en relación con el adoptante, que revela que su voluntad e intención no pudo ser otra y que es la que debe prevalecer, pues otro entendimiento no produciría efecto alguno y dejaría sin contenido ni finalidad la institución realizada respecto del resto de sus hijos» (fundamento sexto al final).

Según reiterada Jurisprudencia de esta Sala en torno al artículo 675 del Código Civil principalmente, es que nacer de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, el de la interpretación del tes-

tamento En estos supuestos excepcionales se «tolera como excepción» (Sentencia de 4 de noviembre de 1961) el acceso a la casación, pues, en efecto, si sólo cuando el texto de las cláusulas es claro y expresivo y puede deducirse de su sola lectura el propósito e intención del testador, a dicho literal contexto deberá el juzgador atenerse, es facultad, sin embargo, del mismo, si tuviese sobre el alcance de dichas claúsulas alguna duda, la de interpretarlas fijando su sentido conforme al examen de las circunstancias del caso, y tal interpretación y criterio deben prevalecer a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador, debiendo excluirse pues «lo arbitrario» (25 de abril de 1963), el «muy manifiesto error» (11 de julio de 1964 y 18 de diciembre de 1965), lo «desorbitado» (19 de noviembre de 1964), el «patente y manifiesto error» (10 de junio de 1964, 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965); prevaleciendo en otro caso la interpretación de la instancia (30 de abril de 1981). Muy lejos de ello, debe no sólo respetarse sino expresamente asumirse en este caso la interpretación de la Audiencia, pues no existe duda razonable sobre que el causante, al tiempo de otorgar su testamento abierto el 13 de noviembre de 1947 quiso instituir por herederos suyos, además de la hija nacida de su matrimonio, o sea la demandada P. L. S., también a los hijos de R. M. D, con la cual convivía maritalmente desde hacía algunos años, ya que la separación de hecho de su mujer data del 1942. Fueran o no hijos biológicos suyos propios del testador, como con toda probabilidad lo son, María había nacido el año anterior al testamento (9 de agosto de 1946) y, estando ya concebido en la fecha del otorgamiento, al año siguiente del testamento nació Julio (21 de abril de 1948). Siendo principio básico que ha de prevalecer la voluntad real del testador, como así lo reconoce el segundo de los motivos del recurso con cita del artículo 675 del Código Civil a tenor del cual se ha de observar, primando sobre el sentido literal de las palabras la dicha voluntad y versando el motivo tercero sobre otro punto, la validez y eficacia del testamento en los términos declarados por la Sentencia pende del motivo primero en que se alega infracción del apartado octavo del artículo noveno del Código Civil, de los artículos 177, 180 y 772 del mismo Cuerpo legal y «muy especialmente» del artículo 114 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960.

3. El artículo 114 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960 disponía que «si el testador llamare a sus hijos y legatarios o a sus sustitutos sin designación de nombre y mediante la expresión «hijos», se entenderán incluidos en esta denominación los de legítimo matrimonio, varones o hembras, y los ulteriores nietos y descendientes también de legítimo matrimonio, varones o hembras, cuyos padres respectivos hayan fallecido antes de la delación», «salvo que aparezca ser otra la voluntad del testador». En la redacción actualmente vigente, adaptada a la Constitución, «salvo que aparezca ser otra la voluntad del testador, si éste llamare a sus herederos y legatarios o a sus sustitutos sin designación de nombres y mediante la expresión «hijos«, se entenderán incluidos en esta denominación todos sus hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptados en forma plena, varones o hembras, así como los nietos y descendientes cuyos padres respectivos hubieran muerto antes de la delación». Claramente se revela en ambas redacciones que el precepto invocado no es sino una norma interpretativa de la voluntad real del testador, que cede ante la que en este caso realmente aparezca.

Al otorgar el testamento en 1947 no podía adoptar por carecer de la precisa edad de cuarenta y cinco años y prohibírselo el número segundo del artículo 174 del Código Civil, pues aún no había adquirido por la residencia de diez años la

vecindad civil catalana. No existe, sin embargo, duda razonable (dígase otra vez) acerca de que al referirse «a los demás hijos que tenga» instituía a los dos hijos naturales de R., a quienes adoptó en 1957 luego de adquirir dicha vecindad, por lo cual estos dos hijos adoptivos además de los derechos que les confiere el derecho vigente al tiempo de la adopción (con arreglo al principio de irretroactividad, según la Sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 1988) es visto que ostentan el carácter de herederos testamentarios. La vecindad civil catalana adquirida por la residencia y que reconocidamente ostentaba al fallecer el testador en 1977, determina que la sucesión del testador haya de regirse por la Compilación de Catalauña de 1960, cuyo régimen de legítimas es el aplicable a la hija matrimonial, también instituida en el testamento.

Ciertamente el párrrafo tercero del artículo 772 del Código Civil procede de la reforma operada en 1958 y no existía por lo tanto al tiempo de adopción (1957) cuanto menos al del testamento (1947); pero, aun sin dicho párrafo, ha de prevalecer la averiguada voluntad del testador de instituir a los hijos de la mujer con quien convivía maritalmente.

En cuanto al artículo 177, en su redacción originaria (el 180 carece de aplicabilidad), si bien no confiere derechos sucesorios al hijo adoptivo por el sólo efecto de la adopción, sobre que debe completarse con el Derecho Foral de Cataluña, ya que quien adoptaba ya era de esa vecindad, es visto que nunca impidió que los hijos adoptivos heredasen al adoptante, según testamento, que es el caso aquí cuestionado.

4. El motivo tercero trae a la consideración de la Sala el punto de la subsistencia de la sociedad de gananciales del causante y de la demandada, P. S. F., hasta la fecha de fallecimiento del primero el 18 de junio de 1977. Como se deja dicho al establecer los antecedentes de hecho, la separación de los cónyuges data de 1942 y fue instrumentada en cuanto a los bienes en escritura pública de 27 de junio de 1946 (11 y siguientes), acta notarial de la misma fecha y documento privado a que ésta hace referencia (9 a 12), también de la misma fecha. En la escritura (como ya se dijo) se contiene «la promesa formal de renunciar a ejercitar entre ellos toda acción que pudiera dejar sin efecto lo aquí pactado y al propio tiempo respetar la vida privada y pública que cada uno de ellos realizare, con plena independencia y sin intromisión de uno en las actividades del otro». Las puntualizaciones en cuanto a los bienes se detallan al máximo asegurándose «que si actualmente hubiera que hacerse liquidación total entre los cónyuges, ninguno debería abonar cantidad alguna por razón de bienes privativos, totales, parafernales u otros, ni por razón de bienes gananciales, pues de lo que pudiera representar bienes gananciales cada uno de los cónyuges tiene la mitad, respectivamente». Desde esa fecha, y cumpliendo lo expresamente convenido en el documento privado, la mujer pasó a residir «fuera de la región catalana». No obstante, en el juicio de que el presente recurso dimana y ahora en el tercero de los motivos del recurso, se aduce infracción de lo dispuesto en los artículos 1.315, 1.316, 1.320, 1.417 y 1.433 del Código Civil, en el sentido de haber de entenderse que la sociedad de gananciales perduró hasta la fecha de fallecimiento del marido el 18 de junio de 1977. Pretensión inacogible, pues, como ya declaró la Sentencia de esta Sala de 13 de junio de 1986, cuya doctrina procede reiterar, la libre separación de hecho (aquí mantenida de 1942 a 1977) excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo como propone la recurrente significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpre-

tación acorde con la realidad social (art. 3.°, 1, del Código Civil). Debe razonarse con la citada Sentencia (con la que concuerda la del 26 de noviembre de 1987) que, rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer, reiterado luego al consentir la adopción, no puede ahora reclamar sus derechos pasados más de treinta años en que se mantuvo esa situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio convivente), teleológicos y sociales (esto es, la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7, apartado 2, del Código Civil; por lo que también este tercer motivo debe ser desestimado y con él todo el recurso.

Comentario.—La razón decisoria de las tres Sentencias parece haber sido la interpretación de un testamento y de unos hechos acaecidos antes de la equiparación legal de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, incluidos entre estos últimos los adulterinos. En efecto, el testamento, una de cuyas cláusulas y la interpretación en el sentido apuntado constituye la *ratio decidendi* del fallo, se otorgó en 13 de noviembre de 1947, cuando existía la tajante distinción entre tales hijos, careciendo de derecho a legítima los adulterinos; el causante falleció el 18 de junio de 1977, por tanto, antes de la vigencia de la Constitución y de la reforma del Código Civil por Ley de 1981, y antes también de la reforma de la Compilación catalana, la cual sólo reconocía el carácter de legitimarios a una determinada clase de hijos ilegítimos, los naturales (art. 124), cualidad que ciertamente no concurre en los demandantes de este litigio, quienes ostentan la condición de adulterinos. Y la adopción realizada parece que carece de la fuerza suficiente para desvanecer esa consideración, pudiendo incluso considerarse como un acto en fraude de Ley. Parece, por tanto, que falta la base legal precisa para considerar como legitimarios a los demandantes, hijos ilegítimos no naturales según la antigua clasificación, pudiendo, todo lo más, ostentar la condición de herederos voluntarios en cuanto a la parte de libre disposición.

Desde otro punto de vista, se observa la tendencia de los tribunales a conceder cada vez mayor relevancia jurídica tanto a la separación como a las uniones de hecho. Así, en punto a la primera, la Sentencia, siguiendo el rumbo marcado por la de 26 de noviembre de 1987, declara que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho, que no puede ser acogido por los tribunales en una interpretación acorde con la realidad social. Además de esa Sentencia, ya la de 13 de junio de 1986, publicada en el número 579, páginas 577-578 de esta REVISTA, estima que el viudo que reclama sus derechos de viudedad aragonesa tras más de cuarenta años de separación de hecho consentida por ambos cónyuges realiza un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho.

F. C. L.

TESTAMENTO. NULIDAD (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia de Villafranca del Penedés, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho —1. Las actuaciones de las que el presente recurso trae causa tienen su origen en la demanda formulada por don J. V. M. contra sus hermanas doña Monserrat y doña María V. M., con la pretensión de que se declare la nulidad del testamento abierto por doña M. M. C., madre de la demandante y de las demandadas, había otorgado el 22 de diciembre de 1971, ante el Notario de Barcelona don Jorge Roura Rosich, el que, revocando cualquier otro testamento anterior y aparte de otras disposiciones, transmitía, bajo la forma de prelegado, a sus tres citados hijos, por partes iguales entre ellos, la fábrica e industria de elaboración de champagne denominado «Torre Blanca», con todas las instalaciones, bodegas, terreno sobre el que se halla construida dicha finca y demás particularidades del mismo, por entender el demandante que dicho testamento había sido otorgado con error, violencia, dolo o fraude (menciona todos estos vicios, pero no espicifica concretamente a cuál de ellos se refiere), como consecuencia de la coacción moral que sobre la testadora, dice, había ejercitado su hija (hermana del demandante), la demandada doña Montserrat V. M., para que lo otorgara en tal sentido, a pesar de que su madre siempre había dicho, tanto antes como después del otorgamiento de dicho testamento, que el heredero único de dicha industria sería él. Tras un examen particularizado de todos los elementos probatorios obrantes en autos, tanto la Sentencia de primera instancia como la de apelación, en plena y absoluta conformidad, declaran y resuelven que no puede en modo alguno estimarse probado que la voluntad testamentaria de doña M. M. C. estuviera viciada por error, violencia, dolo o fraude, cuando otorgó el testamento abierto objeto de litis. El recurrente, don J. V. M., articula el presente recurso a través de dos motivos, el primero por infracción de normas del ordenamiento jurídico (núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el segundo, por error en la apreciación de la prueba (núm. 4.º del citado precepto), que, por razón de método, han de ser examinados en orden inverso al en que aparecen enumerados e invocados, pues el primero de ellos viene lógicamente supeditado a la previa y antecedente solución que haya de merecer el segundo.

2. Como acaba de decirse, en el último motivo, por la vía del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha a la Sentencia impugnada de haber incidido en error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, citando como tal documento la certificación del acto de conciliación, previo a la iniciación del litigio, celebrado entre los tres hermanos litigantes y en el que la codemandada, doña María V. M., manifestó que el último y válido testamento de doña M. M. C. fue otorgado ante el Notario de Barcelona don Manuel Gómez García en 28 de julio de 1970 (o sea, el inmediato anterior al que es objeto de litis) y que ella había oído a su referida madre, en fechas anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento abierto aquí cuestionado (o sea, el de fecha 22 de diciembre de 1971) que su heredero sería su único hijo varón, don J. V. M., cuya manifestación hecha en acto de conciliación la había ratificado

posteriormente la citada doña María en confesión judicial en el proceso a que este recurso se refiere, pero acerca de ello ha de tenerse en cuenta y no puede olvidarse, aparte de que carecen de la condición de documentos a efectos de casación las certificaciones de actos de conciliación (Sentencias de esta Sala de 15 de marzo de 1974, 19 de octubre de 1981, 27 de noviembre de 1984, 22 de octubre de 1985 y 15 de octubre de 1986) y la confesión judicial bajo juramento indecisorio (Sentencias de esta Sala de 2 de diciembre de 1970, 6 de febrero, 5 de octubre y 28 de diciembre de 1984, 24 de octubre de 1985 y 27 de mayo de 1986), que el documento necesario para demostrar la equivocación evidente del juzgador ha de estar adornado de la cualidad de integridad de contenido, acreditando por sí, sin hacer uso de deducciones o hipótesis de clase alguna, lo contrario de lo que la Sentencia recurrida estima, cualidad que no se da en el presente caso, pues de la ya expresada manifestación hecha por doña María V. M. en acto de conciliación y ratificada en confesión judicial de que ella considera como testamento válido de su madre uno de fecha anterior al que es objeto de litis y que ella oyó a su madre decir que quería que su heredero fuera su único hijo varón, pretende el recurrente nada menos que obtener la forzada e inaceptable conclusión de que el último testamento otorgado por su madre, el que es objeto de litis, lo fue con la voluntad viciada por error, violencia, dolo o fraude, aparte de que como esta Sala tiene reiteradamente dicho en innumerables Sentencias, que por notorias y conocidas no es preciso especificar, la casación no es una tercera instancia que permita al impugnante realizar una nueva valoración probatoria tendente a obtener resultados distintos a los establecidos en la instancia, dado que la prueba se valora por la Sala *a quo* de forma conjunta, por lo que al recurrente no le es lícito desarticularla para con apoyo en una sola probanza atacar tal valoración, de la cual, tanto la expresada Sala, como antes el juzgador de primera instancia, han obtenido la conclusión, que este Tribunal comparte, de que no puede estimarse en modo alguno probado que la voluntad testamentaria de doña M. M. C. estuviera viciada por error, violencia, dolo o fraude cuando el día 22 de diciembre de 1971 otorgó testamento abierto ante el Notario de Barcelona don Jorge Roura Rosich, bajo el número 3.404 de su Protocolo de dicho año, por lo cual ha de desestimarse el motivo que acabamos de examinar.

F. C. L.

TESTAMENTO. NULIDAD. CAPACIDAD DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo y Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia de Barcelona que confirmó íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Reus, de acuerdo con los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. Siguiendo en cierto modo con lo que pretende ser el eje del presente recurso, esto es, la delimitación de los presupuestos fácticos en torno a los cuales ha de girar la solución del problema planteado, es conveniente dejar sentados cuáles sean los mismos, a cuyos efectos, partiendo del perecimiento del tercer motivo y de lo sentado como probado en la Sentencia

impugnada, son de señalar como datos de hecho: *a)* Que el procedimiento sumario del artículo 213 del Código Civil seguido en el Juzgado de 1.ª Instancia de Reus solicitando la declaración de incapacidad de don R. V. M., se dictó auto de fecha 15 de septiembre de 1972 denegando la incapacitación interesada. Recurrida dicha resolución, la Audiencia Provincial de Tarragona la confirma por auto de 23 de enero de 1973. *b)* El día 4 de agosto de 1972, dicho don R. V. M otorga testamento abierto ante el Notario de Reus don Miguel Guelbenzu Romano, instituyendo como herederos universales, por partes iguales, a sus hijos don Ramón y don Jaime, legando a sus también hijos don Juan y doña María Rosa la legítima que por derecho les corresponde. *c)* En dicho documento, el Notario autorizante da fe de conocimiento, ocupación y vecindad del compareciente, así como de que el mismo se encontraba, a su juicio, en perfecto uso de sus facultades, y por ello, con la capacidad requerida en derecho para otorgar testamento común abierto. *d)* El 18 de abril de 1974, ante el Notario de Reus don Francisco Hidalgo Tarruella, se otorgó una escritura de venta de una finca urbana en la cual y entre otras diversas personas intervinieron además de los aquí litigantes el presunto incapaz, representado por su hijo don Ramón. *e)* Que el 20 de octubre de 1974, doña María Rosa V. F. presenta demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Reus, en juicio ordinario de menor cuantía, solicitando se declarara a su citado padre don R. V. M. incapaz para regir su persona y bienes, recayendo Sentencia de fecha 21 de abril de 1975 declarando la incapacidad interesada. Apelada dicha resolución, fue confirmada por la Audiencia Territorial de Barcelona mediante Sentencia de 11 de marzo de 1975, siendo desestimado el recurso de casación contra la misma interpuesto ante esta Sala, por Resolución de 11 de marzo de 1976.

2. Sobre tales objetivos datos se hace preciso examinar lo que constituye el ser y naturaleza en torno a los que giran los restantes tres motivos del presente recurso: la nulidad del testamento otorgado por don R. V. M. el día 4 de agosto de 1972, al ser según los recurrentes el testador incapaz para realizar dicho acto *mortis causa*. Así, en la primera de dichas motivaciones, se denuncia al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, la infracción del artículo 1.252 del Código Civil, por cuanto la Sala de instancia ha desconocido, prescindido y por lo tanto violado, lo que según el mismo constituye el efecto positivo y el negativo de la cosa juzgada, esto es, que «el Juez del proceso ulterior habrá de considerar —siempre que sea incidente— como presupuesto fáctico lo resuelto, sin poder prescindir de ello, y sin poder juzgar partiendo de antecedentes opuestos a la primera sentencia, sino que al revés ha de partir de tales antecedentes y declaraciones» (se está refiriendo el motivo a la Sentencia dictada en el juicio de mayor cuantía indicado en el apartado *e)* del anterior fundamento). En la segunda motivación, con la misma base procesal que la anterior, lo imputado al tribunal *a quo* es la infracción del artículo 1.253 del Código Civil, lo que según en él se indica sirve para potenciar el precedente motivo «porque el hecho de que existe una presunción legal *iuris et de iure* no es óbice en que además y con independencia de ella exista en un caso crítico como este enlace tan racional y violentamente atractivo entre los hechos base y la consecuencia que clama también por la aplicación genérica del artículo 1.252 del Código Civil».

3. Ninguno de los dos motivos indicados puede ser estimado, en cuanto parten para la construcción de su contenido en un absoluto prescindir de lo que cual ha quedado indicado constituye la hipótesis objetiva de que ha partido la Sala de instancia y se ha dejado señalada en el primero de estos fundamentos. En efecto, tomando como puntos de partida: *a)* Que constituye un principio

general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código Civil y confirmado por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo. *b)* Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 666 del Código Civil, la estimación del estado mental de todo testador viene referida «al tiempo de otorgar el testamento». *c)* Que salvo los supuestos de demencia que contempla el artículo 665 de referido Cuerpo legal, que no es el aquí contemplado, dado que el testamento impugnado se otorgó el 4 de agosto de 1972, fecha en la que no se había iniciado el juicio especial sumario del artículo 218 del Código Civil vigente en dicho momento, que por otra parte concluyó denegando la declaración de incapacidad del testador; salvo en dichos supuesto, en los que se impone al Notario autorizante la designación de dos facultativos para que reconozcan al presunto testador, en los demás y por lo tanto en éste, se proyecta sobre aquél y los testigos autorizantes del testamento la facultad de determinar «que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», que es, precisamente, lo acontecido en este caso (Sentencias de 22 de enero de 1913, 16 de noviembre de 1918, 29 de diciembre de 1927, 12 de mayo de 1962, 21 de abril de 1965, 7 de octubre de 1982, 21 de junio de 1986, y 10 de abril de 1987). *d)* La manifestación del Notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario (Sentencias de 8 de mayo de 1922, 23 de febrero de 1944, 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987), pruebas que aquí no existen, no sólo porque al ser desestimado el motivo tercero el error respecto de las documentales en él indicadas ha quedado fuera del recurso, sino porque además, por muy determinantes que a los recurrentes puedan parecer los informes periciales a que el mismo se refiere, no pueden constituir racionalmente, por sí solos, una prueba cumplida, convincente e inequívoca, que permita acreditar el error en que hubiera podido incidir el Notario autorizante y los testigos instrumentales al estimar la capacidad legal del otorgante don Ramón Vilella Macaya, máxime cuando los mismos contrastan con el de otro doctor y el propio testimonio del Juzgador en Diligencia de 6 de septiembre de 1972 (6.º Considerando de la sentencia impugnada).

4. Pero es que además, y siguiendo con la contemplación de estos motivos, es preciso indicar, que al hacerse en ellos la alegación de que la Sentencia impugnada no ha tenido en cuenta el principio de «cosa juzgada» ni en su aspecto positivo ni en el negativo, parece olvidarse, que sin adentrarse en la antigua y polémica discusión doctrinal de si los autos dictados en los procesos sumarios de incapacidad del artículo 219 del Código Civil vigente en aquellos momentos producían o no dicho efecto, es lo cierto, que dicho precepto autorizaba a que contra los autos que se dictaran en los expedientes de incapacidad los interesados pudieran deducir demanda en juicio ordinario «o instar judicialmente una nueva declaración» (art. 212 del Código Civil en su actual redacción) con objeto de modificar, mantener o dejar sin efecto el alcance de la incapacitación. Se ha tratado por tanto en este caso, con base en un juicio ordinario de mayor cuantía en el que se dictó resolución declarando la incapacidad de don R. V. M. de retrotraer los efectos de dicha situación al momento en que referido señor otorgó su disposición de última voluntad, lo que no se puede aceptar, dado que, no sólo la capacidad del señor V. M. fue declarada judicialmente por auto de fecha 15 de septiembre de 1972, confirmado por el de 23 de enero de 1973, sino

que la Sentencia dictada el 21 de abril de 1975 por el Juzgado de 1.ª Instancia de Reus declarando la incapacidad de dicho señor no contiene en su fallo pronunciamiento alguno en orden al momento a que haya de retrotraerse dicha declaración, razón por la cual, quien pretenda dicho efecto ha de probar adecuadamente cuándo comenzó la incapacidad, lo que aquí no sólo no se ha llevado a cabo sino que como resulta de los presupuestos fácticos descritos en el primero de estos fundamentos lo acreditado es su capacidad para otorgar el testamento cuya nulidad se pretende, razones todas ellas que conducen a la desestimación de ambas motivaciones.

F. C. L.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1987).

La acción de petición de herencia prescribe a los treinta años.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia de Baza, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. Se inicia este recurso con una motivación en la cual y con asiento procesal en el número cinco del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.693 del Código Civil por parte del Tribunal sentenciador, que en su resolución, y más concretamente en su considerando primero, olvida que dicho precepto, «al tratarse de una norma de nuestro Ordenamiento jurídico referida a la institución de la prescripción, para poder ser aplicada necesita previamente ser alegada e invocada por la parte correspondiente, cosa que no ha ocurrido.. ». Y si bien se reconoce en el motivo que los demandados opusieron la prescripción al contestar, lo que hicieron, sigue diciéndose, fue «consignar la clase de prescripción que oponían, citando, incluso, el precepto en que le fundamentaban; concretamente opusieron a la acción ejercitada por mis principales de petición de herencia, la prescripción de la acción no ejercitada por nadie, de rescisión, por lesión, de una partición, concretando que se basaban para ello en el contenido del artículo 1.076 del Código Civil».

2. El motivo no puede prevalecer por su patente inconsistencia jurídica, dado que: *a)* Lo que se está denunciando en realidad, más que una aplicación indebida del artículo 1.693 del Código Civil, es un supuesto de incongruencia, lo cual solamente puede efectuarse en la actual regulación de la casación por el cauce del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *b)* Por otra parte, la Sala *a quo* declara en el segundo de los fundamentos de su Sentencia respecto de esta cuestión, que la acción ejercitada por los aquí recurrentes no era la de rescisión de la partición, sino la de petición de herencia «actio» ésta que aun cuando no aparece específicamente recogida en el Código Civil viene reconocida tanto por la doctrina científica civilista como por la jurisprudencia. *c)* Pero es que, además y como se expone en referido fundamento,

dicha acción «ha de estimarse sometida al plazo de prescripción de treinta años fijados para las acciones inmuebles por el artículo 1.693 del Código Civil», al estar ello sancionado por una muy constante jurisprudencia que comprende desde la Sentencia de 30 de marzo de 1889 hasta la de 23 de diciembre de 1971; *d)* Por último, ha de especificarse algo que al llevar a cabo sus alegaciones los recurrentes parece no han tenido en cuenta, y es que a los órganos jurisdiccionales a quienes las partes someten sus discrepancias se les suministran principalmente hechos e incluso fundamentos jurídicos, mas en lo que a estos últimos se refiere, su alegación no vincula en general a los Tribunales por virtud del principio de derecho *da mihi factum...*, de constante aplicación por esta Sala, aplicación que no puede decirse que en este caso haya podido producir indefensión, dado que el tema de la prescripción se ha venido alegando desde el momento de la contestación a la demanda.

3. El motivo segundo se hace gravitar sobre el mismo ordinal del citado artículo 1.692 de la Ley Rituaria, y en él lo que se critica al juzgador de apelación es la interpretación errónea del artículo 1.969 del citado Código Civil, «teniendo en cuenta que tal artículo del citado Cuerpo legal establece que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse», criticando a la Sala *a quo* que haya declarado la prescripción de la acción ejercitada pese a aplicar el plazo máximo de treinta años, por las razones que expone.

4. Tampoco este motivo puede triunfar, casacionalmente hablando: *a)* Porque en el tercer fundamento de la Sentencia impugnada se toma como punto de partida para la iniciación del cómputo del plazo de prescripción en los casos del ejercicio de la acción de petición de herencia, el «en que el poseedor aparente empieza a poseer los bienes *animo suo*, es decir, exteriorizando su intención de hacerlos propios titulándose dueño de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de herederos» declaración que tiene su apoyo en una muy constante doctrina de esta Sala, a tenor de la cual el instituto de la prescripción exige que el derecho haya nacido y que la acción pudiera ejercitarse eficazmente, todo lo que, como se pasa a indicar a continuación, ha tenido aquí lugar. *b)* Porque dichos requisitos concurren aquí, dado que como se dice en el cuarto considerando de la resolución recurrida, «afirmado expresamente por los actores en el hecho sexto de su demanda que al fallecimiento de la repetida doña B. R. B su viudo, padre y causante de las demandas *entró en posesión* de la totalidad de la herencia, y no sólo de la mitad que como usufructuario testamentario le correspondía, y, actuando como dueño de los mismos sin serlo, otorgó con fecha 29 de marzo de 1936 escrituras de venta de todos los bienes a favor de su hermanos don C. R. L., para después, y valiéndose del poder amplísimo que éste le había conferido casi inmediatamente después de aquella venta, venderlos a su vez a las hoy demandadas en 6 de julio de 1943, es inconcuso que habrá de tenerse por sobradamente prescrita la acción, bien se estime como momento inicial del plazo prescriptivo el día en que según la parte, por fallecimiento de doña B. R. B. —29 de noviembre de 1916— entró su viudo en posesión de todo el caudal hereditario, no en concepto de usufructuario sino de dueño, bien en aquel otro en que mantiene realizó su venta a su hermano don Cecilio, bien en fin, en el que también sostiene que se volvieron a vender los bienes a sus hijas...» La admisión de estos requisitos, sin posibilidad de alteración en este momento procesal, obedece a la circunstancia de que se trata de presupuestos fácticos no atacados por el cauce adecuado. *c)* Pero es que, además, es de hacer constar que

como esta Sala tiene declarado de modo tan reiterado que en su Sentencia de 23 de octubre de 1983 lo califica de «apotegma», la apreciación de la iniciación, suspensión o interrupción del plazo prescriptivo pertenecen a la soberanía de la Sala sentenciadora.

4. En el tercer motivo, lo imputado a la resolución que se impugna es la violación por inaplicación del artículo 667 del Código Civil, lo que en opinión de los recurrentes ha conducido a la Sala de apelación a una consecuencia distinta de la querida por la testadora, doña B. R. B., al dar a los bienes un destino distinto del previsto y ordenado en su testamento. La motivación ha de sucumbir, ya que la afirmación de que en ella se parte no merece otra calificación que la de personal e interesada, dado que la guía, como es humanamente lógico, cuando se discuten beneficios o ventajas, el provecho de los recurrentes. El citado precepto no ha podido ser infringido ni por omisión ni por aplicación, dado que es un artículo genérico, definidor y mejor aún, conceptualmente delimitador de una importante figura del Derecho sucesorio, el testamento, pero nada más, dado que en la presente litis no se ha discutido si la disposición de doña Bárbara merecía o no tal calificativo. Pero además, y para concluir, es conveniente poner de relieve algo que la Sentencia impugnada declara en su quinto considerando, cual es que la propia parte actora y hoy recurrente en el escrito de réplica modificó sus inciales posiciones pretendiendo que los bienes hereditarios que reclamaba «eran sólo las 30 fincas comprendidas en la hijuela de la tan citada doña Bárbara», y que además, aportada en fase probatoria por las demandadas prueba documental, resultó acreditado «que la herencia de doña B. R. B. era en realidad inexistente, por haberse vendido con anterioridad a su muerte la mayor parte de los bienes y haberse adjudicado el resto a don J. R. L., en la partición de aquélla para pago de las deudas existentes...».

F. C. L.

SUCESION INTESTADA (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que revocó la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Andújar, que no había entrado en el fondo del asunto por apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por la parte actora y recurrente, según los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. Ya la Sentencia recurrida pone de relieve que los recurrentes, demandantes en la instancia, formularon como petición básica de su escrito inicial de la litis que se declare que son herederos abintestado de doña F. A. G., y como consecuencia, aparte de las demás peticiones que formularon, que se condene a los demandados a hacerles entrega de todos los bienes que tengan en su poder sin derecho a ello de la herencia de la citada causante. Los demandados son tres personas, una de ellas doña Jerónima G. J., nieta de la misma causante, y las otras dos, hijos políticos de doña Jerónima, a quienes, según se dice, esta última vendió unos inmuebles pertenecientes a la herencia. La Sala *a quo*, teniendo en cuenta que del croquis genealógico presentado

por los actuales recurrentes con su demanda se deduce que la causante doña F. A. G. tuvo cuatro hijos, los cuales a su vez tuvieron descendientes en dos generaciones (entre las que se encuentra la demandada doña Jerónima), desestima la demanda, por no poderse hacer la declaración de herederos pedida, dada la existencia de otros parientes de anterior grado que la demandante; es decir, más próximos en parentesco en línea recta de la causante doña F. A. G., que excluyen a los demandantes ahora recurrentes, y respecto de los cuales no se ha formulado petición alguna ni se ha justificado que hayan fallecido.

2. Esta Sala, partiendo de la situación fáctica, no discutida al menos en este recurso extraordinario, de que partió la Sentencia impugnada, ha de abundar en los argumentos sostenidos en la misma, en cuanto efectivamente a la nieta de la causante que fue demandada y contra la que se pide se declare herederos a los demandantes se equiparan los que están en el mismo grado de la línea recta descendente originada en la citada causante, que no han sido mencionados en esta litis. E igualmente siendo los actores dos nietos y un biznieto de la misma causante se ha prescindidio totalmente de todos aquellos parientes, que ni siquiera se han enumerado ni citado, que se hallan en el mismo grado respecto de la causante y que figuran nominados en el árbol genealógico presentado en autos por los propios actores ahora recurrentes; ni respecto de todos esos parientes con presunto derecho a la herencia de doña F. A. G. se hace ninguna petición ni ninguno de ellos ha comparecido en autos.

3. Según el artículo 921 del Código Civil, «en las herencias el pariente más próximo en grado excluye el más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar», y continúa el mismo precepto que «los parientes que se hallaren en el mismo grado herederán por partes iguales». A su vez, la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la declaración de herederos abintestato (art. 979), determina, en cuanto a los descendientes del finado, que han de justificar para ser declarados tales, además de la aportación documental y testifical que se expresa, «que ellos solos, o en unión de los que designen, son sus únicos herederos». De accederse a las peticiones de los recurrentes, es claro que se infringirían dichos preceptos legales, puesto que ni se acredita quiénes son los parientes más próximos de la causante expresada doña F. A. G., ni en su caso su fallecimiento, ni quiénes son los que se hallan en el mismo grado que los solicitantes, y mucho menos se prueba que ellos sean los únicos herederos. Con lo que se corrobora la justicia de la desestimación de la demanda y recurso de apelación, así como de este recurso de casación, añadiendo a lo dicho lo que seguidamente se expresa.

4. Decaen los tres motivos, formulados todos ellos al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero alega la infracción por errónea interpretación del párrafo 1 del artículo 921 del Código Civil, en relación con los artículos 931 y 933 del propio Cuerpo Legal y la Jurisprudencia que se cita. Ya se ha explicado la correcta aplicación del artículo 921 por la Sentencia recurrida; asimismo nada deriva de ella en cuanto a infracción de los artículos 931 y 934, relativos a la sucesión de los hijos o descendientes, pues nada se opone a que si quedaran hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación. Lo que se afirma, ya por la Sala de Apelación, es que no puede hacerse en la forma planteada por los recurrentes la declaración a favor de los mismos de herederos abintestato de su causante doña F. A. G.; por tanto, no se trata de cuestión de derecho acerca de la aplicación de los preceptos invocados en el recurso o de otros, sino de la cuestión de hecho de no haber acreditado que

son los únicos herederos de la causante indicada. Tales planteamientos impedirían determinar quiénes hereden por cabezas y quiénes por estirpes, como establecen los artículos 925, 926, 933 y 934 del Código Civil, relativos a la sucesión de los descendientes.

5. Por las mismas razones ya expuestas fracasan también los motivos segundo y tercero, donde se alega, respectivamente, la infracción por inaplicación del artículo 934 del Código Civil y del artículo 1.006 del mismo Cuerpo Legal. Nada efectivamente se ha probado para la aplicación de dichas normas legales sobre la muerte anterior de los herederos que tienen el mismo derecho a suceder que los recurrentes, ni puede sostenerse, por contraria a la tesis de la universalidad de la herencia, que en esta litis se nombren unos herederos abintestato y en otra posterior, o en forma extrajudicial, se instituyan otros herederos además de los ya declarados; posición que sería, además, contraria a la normativa legal, inspirada en cuanto a la sucesión hereditaria en las ideas romanistas, de traspaso de la titularidad de un patrimonio en su conjunto a favor de los herederos declarados, fundamento doctrinal y legal que no permite la escisión de la misma declaración como al parecer pretenden los recurrentes.

F. C. L.

TESTAMENTO. NULIDAD. RECONOCIMIENTO PERICIAL DE FIRMA DEL TESTADOR. CAPACIDAD DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—Primero.—Los hechos básicos de los que ha de partirse para la adecuada resolución de este recurso son los siguientes: 1.º El día 29 de octubre de 1971 don L. C A., de sesenta y un años de edad en dicha fecha, casado y sin descendientes ni ascendientes, otorgó testamento abierto ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife don Juan José Zúñiga Galindo (núm. 3.121 de su protocolo), por el que instituyó por su única y universal heredera, en pleno dominio y libre disposición, a su esposa, doña M. G. A., y designó sustituto vulgar de la heredera instituida o de los bienes de que ésta no hubiere dispuesto a su fallecimiento por actos *inter vivos* a título oneroso a su sobrino carnal L. C. G., hijo de su hermano José. 2.º El referido testador, don L. C. A., falleció el día 20 de enero de 1979.

Segundo.—Sobre la base de los expresados hechos, el 17 de enero de 1986, el ya citado L. C. G. promovió en el Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, contra doña M. G. A., juicio de menor cuantía, en petición de declaración de la nulidad del también ya mencionado testamento, por entender, alternativamente, que no era firma auténtica de don L. C A., la que, como del mismo, aparece estampada en dicho testamento o que el referido señor C. A. carecía de capacidad para su otorgamiento, por causa de enfermedad mental, en cuyo

proceso, tanto la Sentencia de primer grado como la de apelación desestimaron totalmente la demanda y absolvieron de la misma a la demandada doña M. G. A Contra la segunda de las citadas Sentencias, dictada con fecha 25 de febrero de 1987, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, el demandante, don L. C. G., interpone el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

Tercero.—Por el primero de ellos, formulado al amparo procesal del número 3.º del artículo pertinente, el recurrente denuncia «infracción del artículo 626, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que rige las garantías procesales de las partes en la prueba pericial, infracción que ha producido a esta parte indefensión», para lo cual, en esencia, aduce que el Juzgado no señaló día para la realización, en Santa Cruz de Tenerife, por los Peritos del examen o cotejo entre la firma indubitada existente en la solicitud de renovación de documento nacional de identidad de don L. C. A., obrante o las oficinas de la Jefatura de Policía de dicha capital, y la firma dudosa o cuestionada existente en el testamento objeto de litis, obrante en el protocolo correspondiente del que fue Notario de la misma capital don Juan José Zúñiga Galindo, lo que le privó, según dice, de asistir a dicho acto, agregando que los oficios correspondientes, dirigidos a la Jefatura de Policía y al Notario correspondiente para que exhibieran a los Peritos los aludidos documentos, fueron entregados a la representación de la otra parte, en vez de a la suya. El destino del expresado motivo no puede ser otro que el de su desestimación, por no concurrir en el mismo ninguno de los requisitos condicionantes de su viabilidad, pues, por un lado, habiéndose producido esa supuesta infracción procesal en la primera instancia, el demandado, aquí recurrente, no sólo no pidió en ella la subsanación de la misma, pues en el acto de emisión del correspondiente informe pericial, en el que estuvo presente, se limitó a formular su protesta, sin pedir subsanación alguna (folios 85 a 87 de los autos), sino que tampoco consta que en la segunda instancia postulara o reprodujera la petición de tal subsanación, conforme exige el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como podía y debía haber hecho, en la forma y por los trámites que determina el artículo 859 del mismo Cuerpo legal, y, por otro lado, y sobre todo, porque siendo requisito medular de la prosperabilidad de este motivo el de que al recurrente, con ocasión o como consecuencia de la falta que denuncia, se le haya producido «indefensión», como exigen expresamente el número 3.º del artículo 1.692 y el artículo 1.693, ambos de la Ley procesal civil, exigencia cuyo fundamento es obvio, al derivar de la improcedencia de esterilizar una serie de actuaciones judiciales, o incluso todo un proceso, sin razón que lo justifique (Sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 1987, entre otras), tampoco aparece constatado que haya producido indefensión alguna al recurrente la falta que denuncia (no posibilidad de asistencia al acto en que los Peritos simplemente examinaron y contrastaron la firma dudosa del testamento con la indubitada de la solicitud del documento nacional de identidad), pues aparte de que no hay constancia en autos de que el actor, aquí recurrente, solicitara señalamiento de día y hora para dar principio a la operación, como establece el párrafo 2.º del artículo 626 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y aparte también de que dicho estricto acto, por su carácter exclusivamente técnico, no requiere observación alguna a las partes litigantes, al ser una simple toma por los Peritos de todos los caracteres caligráficos de las firmas en comparación para su adecuado estudio y ulterior emisión del preceptivo informe, éste, que es o puede ser el verdaderamente influyente para la resolución de la cuestión litigiosa, se realizó, conforme prescriben los artículos 627 y 628 de la citada Ley, a la presencia judicial y con

la asistencia de los Letrados de ambas partes, que hicieron las observaciones y pidieron a los Peritos las explicaciones que estimaron oportunas (folios 85 a 87 de los autos) y en cuyo acto el Letrado del ahora recurrente pudo haber dejado constancia, cosa que no hizo, de cuál era la observación de la que dice se le había privado de hacer a los Peritos en el acto del cotejo, sin que, por otra parte, tampoco puedan estimarse productores de indefensión alguna para dicho recurrente, ni el hecho de que el Letrado de la otra parte asistiera al expresado acto de cotejo y se limitará a hacer saber a los Peritos calígrafos que don Luciano Carballo Alemán se hallaba enfermo en la fecha de la firma del testamento litigioso, pues la existencia de tal enfermedad es cierta, según consta en autos, ni la circunstancia de que los oficios dirigidos al Jefe Superior de Policía de Santa Cruz de Tenerife y al Notario encargado del protocolo en que se hallaba el testamento litigioso, para que exhibieran a los Peritos los documentos respectivos, fueran entregados a la representación de la parte demandada, pues dicha parte había también propuesto la misma prueba pericial, que igualmente le fue admitida (folios 98 vuelto, 103, 107 y 108 de los autos).

Cuarto.—Al amparo procesal del número cuatro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente articula el segundo de los motivos de este recurso, por el que denuncia error en la apreciación de la prueba, que resulta, según dice, de los tres certificados médicos que aportó con su demanda y que, según su apreciación, demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. El expresado motivo ha de claudicar por las siguientes razones: *a)* Es doctrina de esta Sala la de que no cabe confundir los documentos con los demás medios de prueba documentados (informes periciales, declaraciones de testigos, etc.), debiendo entenderse por aquéllos solamente los que se mencionan en los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 29 de noviembre de 1985, 30 de enero y 25 de abril de 1986, 23 de mayo y 8 de julio de 1987, 19 y 20 de enero de 1988, entre otras muchas), con arreglo a cuya doctrina no es dable atribuir la calificación de documentos, en el sentido expresado, a los tres certificados médicos que, como prueba preconstituida, el actor, hoy recurrente, acompañó con su demanda (folios 19, 20 y 21 de los autos), y en los cuales uno de ellos, fechado en Santa Cruz de Tenerife el 5 de noviembre de 1985 (folio 19), el otro en Cádiz el 18 de diciembre de 1985 (folio 20) y el tercero en Adeje el 21 de diciembre de 1985 (folio 21), los respectivos facultativos firmantes de los mismos certifican o manifiestan, sin que expresen con base en qué antecedentes, que en el año 1971 (o sea, catorce años antes, habían reconocido en sus respectivas consultas a don Luciano Carballo Alemán y escriben el padecimiento que advirtieron en el mismo, no pudiendo corresponder a tales certificados, con la fecha y circunstancias en que aparecen expedidos (el primero a instancia de su «sobrino» —entendiéndose el aquí recurrente, que también es Médico de profesión—, el segundo a instancia de «su familia» y el tercero a petición de «sus familiares»), una calificación distinta y disociada de la prueba testifical, en la que sus respectivos firmantes han sido examinados en el proceso, como testigos propuestos por la parte actora, aquí recurrente (folios 50 vuelto, 61, 61 bis, 64, 134 y 142 de los autos). *b)* Además de lo que acaba de decirse, los expresados certificados, que, por sí solos y sin necesidad de deducciones y sin confrontación con los demás medios probatorios, no patentizan de modo claro y rotundo el error denunciado por el recurrente, ya han sido apreciados y tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia en su valoración conjunta de la prueba, lo que ya, por ello, les haría inhábil para servir de fundamento al motivo que estamos examinando, como

igualmente tiene declarado esta Sala (Sentencias de 8 de octubre y 30 de diciembre de 1986, 10 de marzo y 12 de noviembre de 1987, entre otras, sin que sea dable que este Tribunal se adentre en una valoración de la prueba, que es lo que, en realidad, pretende el recurrente con la formulación de este motivo, al no ser la casación una tercera instancia, como tantas veces ya se ha dicho.

Quinto.—Igual suerte adversa ha de corresponder al tercer motivo, articulado por el mismo cauce procesal del ordinal cuarto y por el que el recurrente trata de combatir la valoración que los juzgadores de instancia, en sus contestes Sentencias, hacen de la prueba pericial caligráfica de cotejo de firmas y de la que extraen la consecuencia de que el testamento litigioso fue firmado por el testador don L. C. A., viniendo determinada la desestimación de este motivo por la simple razón de que es doctrina uniforme y reiterada de esta Sala (Sentencias de 8 y 10 de mayo de 1986; 9 de febrero, 21 de abril, 25 de mayo y 19 de octubre de 1987; 25 de enero de 1988) la de que la apreciación de la prueba pericial corresponde al Tribunal de instancia, quien la valorará libremente según las reglas de la sana crítica a las que se refiere el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que su resultado pueda ser impugnado en casación.

Sexto.—Por el cuarto y último de los motivos, formulado por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia violación de la norma que sobre el *onus probandi* contiene el artículo 1.214 del Código Civil, para lo cual aduce, en esencia, que habiendo probado que el testador, don L. C. A., padecía en el año 1971 una grave enfermedad, era a la otra parte (la que sostiene la validez del testamento litigioso) a la que incumbía y sobre la que gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento del otorgamiento del expresado testamento abierto, cuyas tesis es totalmente inaceptable, pues esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insaniamental (Sentencias de 25 de abril de 1959 y de 7 de octubre de 1982), así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (Sentencias de 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986, 10 de abril de 1987), con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base a ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la Sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don L. C. A. cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1.214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo.

F. C. L.

PETICION DE HERENCIA. Artículo 1.061 del Código Civil. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magisgrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que había revocado en parte la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resulta que la *ratio decidendi* consiste en haber efectuado una sola partición o global de las herencias de ambos causantes, siendo así que procede distinguir netamente los bienes de una y otra procedencia.

Fundamentos de Derecho.—Al verse el proceso del que este recurso dimana sobre impugnación de la partición de herencia a que el mismo se refiere se hace imprescindible dejar consignados los hechos que integran su soporte fáctico y que son los siguientes: *a)* Doña María-Angela M. G., casada con don José María Celestino (conocido por Celestino) Z. S., de cuyo matrimonio tiene tres hijos, llamados doña Manuela, don José Antonio y doña Josefa Antonia Z. M., en 15 de septiembre de 1962, bajo la fe del Notario de San Sebastián don Gregorio de Altube e Izaga (con el número 1.436 de su protocolo), otorga testamento abierto (único de los por ella otorgados), por el que «instituye heredero del tercio de libre disposición de sus bienes a su esposo don José María Celestino (conocido por Celestino) Z. S., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria» y «en el remanente de sus demás bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, o en la totalidad, en su caso, instituye por sus únicos y universales herederos, por iguales partes, a sus tres expresados hijos: doña Manuela, don José Antonio y doña Josefa Antonia Z. M., sustituyéndoles con sus descendientes legítimos». *b)* El día 5 de marzo de 1963 falleció doña María Angela M. G., hallándose vigente su expresado testamento, sin que a su muerte practicaran sus herederos la partición de la herencia de la referida causante, cuyos bienes continuó usufructuando, en su totalidad, el cónyuge viudo. *c)* En 7 de marzo de 1973, bajo la fe del Notario de San Sebastián don Juan Antonio González Arrese (con el número 333 de su protocolo), don José María Celestino (conocido por Celestino) Z. S. otorga testamento abierto (único de los por él otorgados), en el que, después de expresar que es viudo de doña María Angela M. G., de cuyo matrimonio, único por él contraído, tiene tres hijos (los ya relacionados anteriormente), manifiesta en la cláusula tercera de dicho testamento que «instituye herederos: *a)* En los tercios de libre disposición y mejora a su hija doña Manuela Z M. *b)* En el tercio de legítima estricta a sus tres hijos: doña Manuela, don José Antonio y doña Josefa Antonia Z. M., a partes iguales», agregando en la cláusula cuarta que «En uso de las facultades que le confiere el artículo 1.056 del Código Civil dispone que todas las propiedades y, en general, todos los bienes inmuebles que el testador adquirió de sus padres, que constituyen una explotación agrícola, se adjudiquen en pleno y exclusivo dominio a su hija doña Manuela Z. M., quien, en su caso, compensará en dinero a sus hermanos por el defecto de adjudicación que pudiera resultarles». *d)* El día 24 de marzo de 1973 falleció don José Antonio Celestino (conocido por Celestino) Z. S., hallándose vigente su expresado testamento.

Al no existir acuerdo entre los tres hermanos para realizar extrajudicialmente la partición de las herencias de sus aludidos padres, uno de ellos, concretamente doña Josefa Antonia Z. M., promovió con la expresada finalidad juicio voluntario de testamentaría, que en turno de reparto correspondió al Juzgado de Primera

Instancia número 1 de San Sebastián y en el que, previa su oportuna tramitación y tras ser totalmente disconformes entre sí las particiones formuladas, por un lado, por los Contadores designados por doña Josefa Antonia y don José Antonio Z. M., que eran coincidentes, y, por otro, la realizada por el Contador designado por doña Manuela Z. M., hubo de practicarla el Letrado de San Sebastián, don Teodoro Cacho Nazabal, nombrado Contador dirimente por los tres expresados herederos en la Junta correspondiente, cuya partición, que fue consentida por doña Josefa Antonia y don José Antonio, la impugnó doña Manuela y, por fallecimiento de ésta, sus hijos y herederos, doña María y don José María E. Z., a través del juicio declarativo del que este recurso dimana, en el que los referidos impugnantes postularon en su demanda que se dictara Sentencia haciendo esta triple declaración: 1.º Que es improcedente el avalúo de los bienes de las sucesiones de doña María M. G. y don Celestino Z. S., que se ha practicado por el Contador dirimente en el proyecto de partición formalizado por el mismo y que los bienes integrantes de los caudales relictos han de ser valorados en las cuantías determinadas en el Informe presentado con el proyecto de partición del Contador de doña Manuela Z. M. 2.º Que al formalizarse la partición de los bienes de doña María M. G., debe procurarse la mayor posible igualdad en los lotes asignando a su viudo don Celestino Z. S. y a sus hijos: doña Manuela, don José Antonio y doña Josefa Antonia Z. M., en pago de sus haberes, bienes de la misma naturaleza, calidad y especie, evitando en lo posible también excesos de adjudicación. 3.º Que de conformidad con lo previsto en el artículo 1.056 del Código Civil, don Celestino Z. S. formalizó la partición en su última disposición testamentaria al efectuar la adjudicación de todas las propiedades en pleno y exclusivo dominio a su hija doña Manuela A. M, procediendo que por la misma se satisfaga en metálico su legítima a don José Antonio y doña Josefa Antonia Z. M. La Sentencia del Juzgado, recaída en el expresado proceso, desestimó los tres pedimentos de la demanda, que acaban de ser relacionados, y aprobó las operaciones particionales verificadas por el Contador dirimente. En grado de apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona confirmó la Sentencia de primer grado en cuanto a la desestimación que hizo de los pedimentos 1.º y 2.º del suplico de la demanda y la revocó en lo atinente a la desestimación del pedimento 3.º, acordando lo siguiente: «se mantienen las valoraciones contenidas en el cuaderno particional del Contador dirimente impugnado y se respetan las igualdades de los lotes en cuanto que se contemplan bienes de la misma naturaleza, calidad y especie, y el referido cuaderno debe atemperarse a cuanto se especifica en el fundamento tercero de la presente», siendo las aludidas especificaciones o matizaciones contenidas en el referido fundamento tercero las siguientes: «1.ª Partición de la madre en la forma realizada. 2.ª La partición de la herencia del padre deberá comprender: *a)* Bienes que éste heredó de sus padres a la hija mejorada. *b)* Bienes de la herencia de su esposa de los que corresponden dos tercios a doña Manuela (hoy a sus hijos actores) y un tercio por partes iguales a todos los herederos. *c)* Complemento a los dos herederos, don José Antonio y doña Josefa Antonia, de la legítima en metálico, en su caso». Contra la expresada Sentencia de la Audiencia, doña María Luisa y don José María E. Z. (en su condición, ya dicha, de herederos de su fallecida madre doña Manuela) interponen el presente recurso de casación, que articulan a través de diez motivos.

Por medio de los motivos octavo y décimo, procesalmente incardinados ambos en el cauce del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los que denuncian infracción «del artículo 1.056, párrafo primero, del Código Civil, sobre partición de los bienes por el testador, así como de la doctrina

jurisprudencial que interpreta y aplica dicho precepto» (en el octavo) e infracción del artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código Civil (en el décimo), los recurrentes, haciendo supuesto de la cuestión, lo que en realidad vienen a someter a la resolución de esta Sala, aun sin haber denunciado la infracción del artículo pertinente (675 del Código Civil), es un problema de interpretación del testamento de don José María Celestino (conocido por Celestino) Z. S., al sostener que, con arreglo a la partición que dicho causante hizo de sus bienes en su expresado testamento, a su hija doña Manuela (madre fallecida de los aquí recurrentes) había que adjudicarle en la partición todos los bienes propiedad de dicho causante que formen una explotación agrícola, tanto los que el mismo hubiera recibido de sus padres como los que le hubieran correspondido en la herencia de su esposa, que, como ya se dijo en el fundamento primero, le dejó en su testamento el tercio de libre disposición de sus bienes. Los expresados motivos han de claudicar, pues la Sentencia recurrida, que en ningún momento ha desconocido, ni negado, la facultad particional de los bienes de su herencia que al testador le atribuye el artículo 1.056 del Código Civil, por lo que no puede haber incidido en infracción del mismo, ha interpretado adecuadamente la cláusula (que es la cuarta) del meritado testamento, en la que el testador, realizando dicha partición, establece que «en uso de las facultades que le confiere el artículo 1.056 del Código Civil, dispone que todas las propiedades y, en general, todos los bienes inmuebles que el testador *adquirió de sus padres*, que constituyen una explotación agrícola, se adjudiquen en pleno y exclusivo dominio a su hija doña Manuela Z. M., quien, en su caso, compensará en dinero a sus hermanos por el defecto de adjudicación que pudiera resultarles», pues dicha cláusula no admite otra interpretación, como clara expresión de la voluntad del testador, que la de que los bienes que, en uso de la expresada facultad particional, adjudicaba a su hija doña Manuela eran solamente aquellos que, formando una explotación agrícola, él hubiera adquirido de sus padres, sin referirse para nada a aquellos otros que, aun integrando la misma explotación, hubiera recibido por herencia de su esposa, que es lo que, como antes había hecho el Contador dirimente en la partición que se impugna, correctamente ha entendido la Sentencia recurrida, cuya intepretación, por otro lado, ha de ser mantenida en todo caso, ya que es doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de 13 de diciembre de 1974, 7 de diciembre de 1979, 30 de abril de 1981, 9 de marzo de 1984, 18 de enero y 1 de julio de 1985, entre otras) la de que la función interpretativa de las cláusulas testamentarias corresponde al Tribunal.

Al tratarse en el presente supuesto de la partición de dos herencias distintas, aunque acumuladas en un solo juicio de testamentaría, la de doña María Angela M. G. y la de su esposo, don José María Celestino (conocido por Celestino) Z. S., fallecidos, respectivamente, el 5 de marzo de 1963 y el 24 de marzo de 1973, con diferentes herederos y en distintas proporciones en cada una de ellas, pues en la primera lo son el viudo don José María Celestino (conocido por Celestino), en cuanto al tercio de libre disposición, y los tres hijos de dicho matrimonio (doña Manuela, don José Antonio y doña Josefa Antonia Z. M.), por partes iguales, en los dos tercios restantes, mientras que en la segunda lo son los tres aludidos hijos, en la proporción de dos tercios (mejora y libre disposición) para doña Manuela y el tercio de legítima estricta para los tres por partes iguales, parece evidente que los bienes integrantes de la primera de dichas herencias, según el orden cronológico de los fallecimientos de los referidos causantes, debieron ser divididos entre sus herederos, con adjudicaciones concretas de los bienes de dicho caudal en pago de sus respectivas cuotas hereditarias, en la forma que

determina el artículo 1.061 del Código Civil, para seguidamente hacer lo propio con la herencia de don José María Celestino (conocido por Celestino), cuyo haber hereditario ha de estar integrado no sólo por sus bienes propios o privativos y su mitad de gananciales, sino también por aquellos otros que se le debían haber adjudicado en pago de la parte que le correspondía (un tercio) en la herencia de su esposa. Al no haberlo entendido así la Sentencia recurrida que, en este punto concreto, ha considerado correcta la partición hecha por el Contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, sino que englobando tales bienes con los de la segunda y respetando, desde luego, la partición hecha por don José María Celestino (conocido por Celestino) en su testamento, a que nos hemos referido en el fundamento anterior, los divide como si de un patrimonio único se tratara, aunque teniendo en cuenta las cuotas hereditarias, sumadas, que a cada hijo corresponden en cada una de dichas herencias, resulta patente que la referida Sentencia ha infringido el citado artículo, ya que al no haberse determinado cuáles son los bienes que debieron adjudicarse a don José María Celestino (conocido por Celestino) en pago de su cuota (un tercio) en la herencia de su esposa, pueden resultar perjudicados los derechos de doña Manuela (hoy sus hijos, los aquí recurrentes), a la que tales bienes le corresponden también en la proporción de dos tercios más una tercera parte del tercio restante, por lo que procede la estimación del motivo séptimo, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que los recurrentes han denunciado la infracción del citado artículo 1.061 del Código Civil.

El acogimiento del motivo séptimo, con la consiguiente estimación del presente recurso, obliga a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.° del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, acerca de lo cual, al no poder ser aceptado tampoco el fallo de la de primer grado, ha de decidir este Tribunal, con desestimación del primer pedimento de la demanda formulada por doña María Luisa y don José María E. Z. sobre impugnación de la partición hereditaria a que este proceso se refiere y con estimación total del pedimento segundo y parcial del tercero, lo siguiente: 1.° Se mantienen las valoraciones atribuidas por el Contador dirimente en la referida partición a todos los bienes integrantes de las herencias de doña María Angela M. G. y don José María Celestino (conocido por Celestino) Z. S. 2.° El Contador dirimente deberá distribuir los bienes de la herencia de doña María Angela M. G. entre sus herederos, adjudicando a cada uno de ellos los que le correspondan en pago de sus respectivas cuotas hereditarias. 3.° La partición de la herencia de don José María Celestino (conocido por Celestino) Z. S. se hará en la siguiente forma: *a)* Los bienes inmuebles que éste adquirió de sus padres y que constituyen una explotación agrícola se adjudicarán a doña Manuela Z. M. *b)* Los bienes que don José María Celestino (conocido por Celestino) haya adquirido por herencia de su esposa doña María Angela M. G., así como la mitad de gananciales correspondiente a dicho causante, se distribuirán entre los tres hijos de dicho matrimonio, en la proporción de dos tercios para doña Manuela y el tercio restante, por partes iguales, entre los tres referidos hermanos. *c)* Si los bienes que, conforme a lo dicho en el apartado anterior, se adjudiquen a don José Antonio y doña Josefa Antonia Z. M. no fueran suficientes para cubrir la legítima estricta que les corresponde en dicha herencia de su padre, doña Manuela (hoy sus herederos) deberá abonarles en metálico la diferencia.

F. C. L.

SUCESION INTESTADA EXCEPCIONAL. EXPLOTACION FAMILIAR AGRARIA. COLABORADOR. LEY 24 DE DICIEMBRE DE 1981 (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albarcar López, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís, que ahora confirma el más alto Tribunal, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. Promovida por doña María Amparo G. y don Gaspar L. G., ante el Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís, demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Manuel L. G., don José Manuel L. O. y doña María Berta P. B., sobre sucesión en la explotación agraria, con fecha 3 de abril de 1986 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo en que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 19 de junio de 1985, se desestimaba la demanda, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se cuentan, entre otras, las siguientes conclusiones: Que ejercitándose en la demanda una acción tendente a hacer efectiva la sucesión intestada prevista en el artículo 27, en relación con el 14 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 y concretamente por parte de don G. L., para obtener su titularidad de nudo propietario exclusivo de la explotación familiar del causante, reconocida oficialmente por Orden de 10 de enero de 1962, debe tenerse en cuenta que esta familiar sucesión excepcional, distinta de las sucesorias comunes, está subordinada a los requisitos previstos en el artículo 27, 1.°, de acuerdo con el párrrafo 2.° de la disposición final, y examinado tal precepto legal, regulador de la sucesión intestada, se observa que es condición legitimadora de tal sucesión excepcional la de ostentar, por parte del que la pretende, la cualidad de colaborador de la explotación, pero no bastando para apreciar la misma que tal colaboración sea la meramente de hecho derivada de la convivencia asidua o más intensa o incluso exclusiva con el causante titular de dicha explotación sino que es preciso que la misma reúna los requisitos del artículo 5.° que conforman al colaborador solamente si media acuerdo escrito de colaboración con el titular.

2. Los dos motivos del recurso se amparan en el ordinal 5.° del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncian, respectivamente, la infracción de la disposición derogatoria de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, de Reforma y Desarrollo Agrario, así como el artículo 27 de dicha Ley, y deben ser estimados en atención a las siguientes razones: Primera: Que, de acuerdo con el párrafo 2.° de la Disposición Derogatoria de la aludida Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 24 de diciembre de 1981, las explotaciones familiares ya constituidas en el momento de la entrada en vigor de la misma podrán optar por acogerse expresamente a ella o continuarán rigiéndose por la legislación anterior, salvo en lo que se refiere al «sistema sucesorio establecido en esta Ley, que resultará en todo caso de aplicación», precepto éste que marca la irretroactividad general de la norma calendada, sin más excepciones que las que en ella se contemplan y que hacen referencia a la aplicación de la nueva normativa a las explotaciones anteriores, cuyos titulares opten expresamente por ello, así como a la necesaria y forzosa aplicabilidad de todo lo que se refiere al sistema sucesorio establecido en la nueva legislación que, según se ordena en la Disposición Derogatoria, «resultará en todo caso de aplicación». Segunda: Que de acuerdo con la regla general del precepto del artículo 2, 3, del Código Civil, las leyes no tendrán

efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, precepto que no permite una interpretación extensiva de la retroactividad a supuestos que no se hallen expresamente comprendidos en su mandato. Tercera: Que si a la luz de este principio general de irretroactividad de las normas legales, principio que, repetimos, no puede interpretarse de manera extensiva, estudiamos la normativa a aplicar a las explotaciones familiares agrarias constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 24 de diciembre de 1981, cuyos titulares no hayan optado expresamente por la aplicación de la nueva normativa, habremos de concluir que seguían rigiéndose por la legislatura anterior, excepto en lo que se refiera al «sistema sucesorio» que en la nueva Ley se establece que resultará de obligada aplicación, sin que quepa extender la forzada aplicación de la nueva normativa a cualesquiera otras materias que no se refieran de manera estricta al citado «sistema sucesorio». Cuarta: que la tantas veces citada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario dedica a la regulación del sistema sucesorio las cinco primeras secciones del capítulo III, artículos 10 a 37, ambos incluidos, y concretamente, por lo que al presente supuesto afecta, al artículo 27, que habla de la sucesión intestada, previendo que, a falta de factor sucesorio o de disposición testamentaria al respecto, se atribuía íntegramente la explotación familiar agraria al heredero legítimo más próximo que ostente la cualidad de «colaborador de la misma», norma ésta que disciplina el caso sometido al recurso, en el que el actor heredero legítimo del causante titular de la explotación familiar y, en quien coincide, de hecho al menos, la cualidad de colaborador, ha de seguir conservando tal cualidad por aplicación de la normativa anterior, que no exigía para ello otros requisitos que los meramente fácticos de prestación de tal ayuda al titular, sin que en modo alguno quepa, como hizo la resolución que se recurre, ampliar, con una interpretación extensiva de la norma derogatoria, la retroactividad de la Ley a materias distintas de la referida al sistema sucesorio, aplicando el artículo 5.° de la Ley de 1981, contenido en un capítulo que, como el II, es totalmente ajeno al sistema sucesorio y en el que se exige para la atribución de la cualidad del colaborador de la explotación familiar agraria, que se establezca «un escrito de colaboración con el titular», imponiendo con ello unos requisitos formales no contemplados en la legislación anterior y que, por tanto, no pueden ser exigibles al actor, por lo que la resolución que se recurre infringió, tanto la Disposición Derogatoria como el artículo 27 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, debiendo en su consecuencia estimarse los motivos 1.° y 2.° que nos ocupan, y con ello el recurso en el que los mismos se fundan sin que proceda la expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en el mismo; y Cuarta: La estimación del recurso comporta la casación de la resolución recurrida y, habida cuenta que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, por aquella revocada, hace una correcta aplicación de la disposición derogatoria, así como de los artículos 14 y 27 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, de Reforma y Desarrollo Agrario, que le lleva a la parcial estimación de la demanda, procede la expresa confirmación de esta última Sentencia, sin que haya lugar a la condena en las costas causadas en ambas instancias.

F. C. L.

COLACION. VALORACION ACTUALIZADA DE LOS BIENES. Artículo 1.045 del Código Civil (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo y Fernández, declara haber lugar al recurso de casación contra el auto de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que había confirmado el del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esa capital, en base a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. Los presupuestos que sirven de soporte a este recurso tienen su razón de ser en la interpretación dada por el juzgador de primera instancia a la frase «...al valor de los bienes al tiempo de su evaluación...», referida, a su vez, a los que habían de ser objeto de colación en la fase de ejecución de Sentencia en la que este recurso se encuentra. Dichos presupuestos son los siguientes: *a)* El fallo de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Granada el día 16 de enero de 1984 dice, entre otras cosas: «Que previa desestimación... declaro... que, asimismo, es nula la escritura aclaratoria, de fecha 3 de junio de 1980, de la anterior participación por ser ineficaz la manifestación de que no se efectuó la colación de los bienes donados por la madre a don José María G. R. por haber sido vendidos e ingresado su importe en el patrimonio familiar, debiendo colacionarse dichos bienes donados en la herencia materna y por su valor actualizado...». *b)* No consta que dicha resolución fuere recurrida. *c)* Interesada la ejecución de referida Sentencia por el hoy recurrente, se acuerda la misma por providencia de 2 de octubre de 1984. *d)* No existiendo acuerdo entre los litigantes para realizar las operaciones particionales se inicia la fase judicial de ejecución en el curso de la cual surgen entre los mismos diversas discrepancias. *e)* El Juez de Primera Instancia competente para llevar a cabo dicha ejecución, a la vista de los numerosos y diversos escritos de las partes dicta, con fecha 29 de mayo de 1985, providencia del siguiente contenido: «Dada cuenta, los anteriores escritos con los documentos que le acompañan, unanse a los autos de su razón, entregándose las copias simples a la parte contraria, y visto el contenido de dichos escritos, hágase saber a las partes que la Sentencia ordena la práctica de actuaciones notariales y no la práctica de actuaciones judiciales». *f)* Considerado dicho proveído lesivo para sus intereses por el hoy recurrente, formula contra el mismo recurso de reposición interesando «la solución de todos los puntos litigiosos que son objeto del debate» entre los que se encuentran el relativo a la determinación del alcance de la frase *valor actualizado*, fijando si dicho «valor es *actual* como dice la contraparte, o, *actualizado*, como es nuestro criterio, a partir del que tenía la cosa al tiempo de la donación»; a dicho recurso se adhiere en cierto modo la contraparte mediante escrito en el que entre otras cosas se dice que: «si bien es cierto que en la Sentencia se ordena la práctica de actuaciones notariales, y no judiciales, no lo es menos que en la misma se señalaron las *únicas* rectificaciones que han de realizarse en el cuaderno particional... y consisten estas únicas rectificaciones en excluir las fincas colacionadas *in natura* de la herencia materna colacionándolas, en su lugar, «...por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada», interesándose en el suplico del mismo; «2, ordenar continúe la ejecución y se proceda a la práctica de las rectificaciones en el cuaderno particional... de conformidad con el contenido de la alegación primera del presente escrito». *g)* Con fecha 8 de julio de 1985 se dictó auto en el cual se dice: «aunque en la Sentencia no se llegó a matizar este punto, el Juez que resuelve si imperó en la idea de que la fecha de la actualización es el de la Sentencia, y ello con la finalidad de

mantener en lo posible el mayor equilibrio entre los litigantes. Su señoría ilustrísima, Ante mí, el Secretario, dijo: Que la palabra actualización está referida al valor que todos los bienes puedan tener en la fecha de la Sentencia». *h)* Este auto, apelado por el hoy recurrente, fue confirmado por la Sala de lo Civil correspondiente, siendo el objeto del presente recurso la Sentencia dictada por dicho Tribunal.

2. En el motivo primero y para justificar su razón de ser, se alega que el auto impugnado dispone que «la palabra actualización está referida al valor que todos los bienes puedan tener a la fecha de la Sentencia», lo cual en opinión del recurrente se puede entender en un doble sentido: «El mantenido por esta parte, conforme a la interpretación jurisprudencial...», y «el sentido mantenido por la parte contraria», dubitación ésta que impide su estimación casacional.

3. A su vez, la segunda motivación parte de considerar que la resolución aquí impugnada resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la Sentencia. Para justificar dicha alegación se dice que «La Sentencia firme, de la que dimana la ejecución en que se origina el presente recurso, mantiene el criterio de que deben colacionarse los bienes donados en la herencia materna *y no por su valor actualizado;* es decir —y así lo entendió esta parte, al ser la Sentencia totalmente estimatoria— *por su valor al tiempo de la donación pero actualizado*», y sigue diciéndose: «El auto del Juzgado de Primera Instancia, confirmado en apelación..., añade *que el valor actualizado es el que los bienes puedan tener a la fecha de la Sentencia,* añade pues algo que ni fue pedido ni controvertido en el pleito, ni decidido en la Sentencia, y que, además, se aparta del artículo 1.045 del Código Civil...»

4. Antes de adentrarse en el examen de este motivo, es conveniente dejar sentado que: ni es exacta la indicación que en él se hace de que el tema objeto de discusión no fuere pedido ni controvertido en el pleito, dado que constituyó precisamente el objeto central del mismo como sigue siéndolo en el actual momento procesal; que el auto dictado en primera instancia el 8 de julio de 1985, cuya confirmación es objeto de este recurso, es consecuencia de la actitud adoptada por los intervinientes en la fase ejecutoria que aquí se estudia, ya que cual ha quedado explicitado en el primero de estos fundamentos, fueron ellas las que al recurrir en reposición la providencia de 29 de mayo de 1985 condujeron al juzgador de instancia a dictar referido proveído; y que, en fin, el contenido del auto dictado en referido Juzgado no es el procesalmente adecuado, por cuanto dado el momento en que fue dictado no puede tratarse de una «aclaración», sino de una «modificación» de la Sentencia a ejecutar.

5. Y expuesto cuanto antecede, a manera de delimitación fáctica y procesal del problema en este recurso planteado, ha de dejarse sentado que: *a)* La Sentencia cuya ejecución es causa de este recurso era lo suficientemente clara para ni necesitar de aclaración o interpretación alguna ni, menos aún, para que su ejecución haya podido dar lugar a los problemas suscitados en orden al momento de la valoración de los bienes objeto de disputa, dado que lo indiscutible es que dicha Sentencia establece en su considerando quinto que «sobre el precepto general del artículo 1.035 del Código Civil, que establece cuándo procede la colación, ha de primar el precepto específico del artículo 1.045, que concreta cómo ha de hacerse: traer el valor de lo donado, pero atendiendo, según la redacción actual del artículo 1.045 del Código Civil, al valor de los bienes al tiempo de su evaluación...», párrafo cuyo sentido corrobora el fallo al decir entre otras cosas «...debiendo colacionarse dichos bienes donados en la herencia materna por su valor actualizado». *b)* Se está, por tanto, acogiendo la idea plasmada

en el citado artículo 1.045 del Código Civil y en relación con ella, la que ofrece la Sentencia de esta Sala de 19 de julio de 1982, que aun cuando referida a un supuesto anterior a la reforma operada en dicho precepto por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, contempla también su actual redacción por estimar que no hacerlo así implicaría un atentado a la equidad, así como la posibilidad de un enriquecimiento injusto. *c)* Por otra parte, un examen comparativo de la Sentencia que constituye el título de esta ejecución y del auto de 8 de julio de 1985, motivador de este recurso, pone de relieve, como el pronunciamiento de éste que remite el momento de la actualización de los bienes colacionables a la fecha de indicada Sentencia, entra en el marco casacional de ese «contradigan lo ejecutoriado» de que nos habla el número 2.° del artículo 1.687 de la Ley de Ritos, por cuanto como ha quedado expuesto se ha llevado a cabo una interpretación de esa «actualización» distinta de la contenida en la Sentencia a ejecutar.

6. Por todo lo expuesto, es evidente la estimación de este motivo, entendiendo que de acuerdo con lo señalado en las tantas veces citada Sentencia de 16 de enero de 1984, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de los de Granada, las frases «por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada» y «por su valor actualizado» que aparecen en su fallo, deben entenderse referidas al valor que los bienes a que aluden tengan en el momento de llevarse a cabo la tasación, de acuerdo con lo prevenido en el tantas veces citado artículo 1.045 del Código Civil.

7. La admisión del motivo examinado provoca la del presente recurso en su totalidad, sin pronunciamiento alguno sobre las costas del mismo ni las de la apelación, éstas por razón de la especial naturaleza del tema objeto del recurso.

F. C. L.

PARTICION TESTAMENTARIA EFECTUADA JUDICIALMENTE. RESCISION. Artículos 1.073 y 1.074 del Código Civil (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara que la partición aprobada judicialmente no tiene el carácter ni el alcance de cosa juzgada, por lo que no impide ejercitar la acción de rescisión en el correspondiente juicio declarativo, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—Primero.—Si bien la finalidad de los juicios de testamentaría y de abintestato radica en la práctica de una partición, cuya aprobación por los interesados no es esencial, dado que ante el silencio de éstos, con la pérdida del trámite procesal de impugnación tiene el juzgador el imperioso deber de aprobarla, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 18 de junio de 1928; sin embargo, esa aprobación judicial no varía la naturaleza del acto particional y es sólo el medio de poner fin al proceso de testamentaría o de abintestato cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o no las consienten, por lo que tal aprobación judicial no puede impedir que los coherederos, al amparo del artículo 1.073 del Código Civil, puedan solicitar su rescisión por las mismas causas de las obligaciones, como se reconoce en Sentencia de 7 de febrero de 1969, dado que aquel precepto expresa las particiones sin distinguir entre las varias clases de las mismas, y ello es así porque, como declaran las

Sentencias de 30 de enero de 1951 y 16 de noviembre de 1955, la acción impugnativa a que se refieren los artículos 1.086 y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, versa sobre partición en proyecto, cual lo califica el artículo 1.083 de dicha Ley, mientras que la acción prevista en el artículo 1.074 del Código Civil actúa sobre partición ya efectuada, la que, como negocio jurídico, puede adolecer de vicios o imperfecciones que la aprobación judicial no puede subsanar y que son susceptibles de dar origen a su impugnación e ineficacia no sólo por las mismas causas por la que se rescinden las obligaciones, como admite el ya citado artículo 1.073 del Código Civil, sino también, como causa especial, por la lesión en más de la cuarta parte que preceptúa el artículo 1.074 de tal Cuerpo legal sustantivo, aplicable a todas las operaciones particionales, sin más excepciones que las señaladas en los artículos 1.075 —cuando la partición la hace el mismo testador— y 1.078 —cuando el adjudicatario ha enajenado los bienes adjudicados.

Segundo.—Lo expuesto en el precedente fundamento de derecho determina, como ya tiene declarado la invocada Sentencia de 7 de febrero de 1969, que la partición aprobada judicialmente no tiene el carácter y alcance de cosa juzgada, y en consecuencia es susceptible de ser impugnada por los que en ella se estimen perjudicados, ejercitando las acciones pertinentes, bien sean de nulidad, de rescisión o de modificación o complemento, pues así como las operaciones particionales, una vez concluidas por acuerdo unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas posteriormente por diversas causas, según declara la Sentencia de 29 de marzo de 1958, en las aprobadas judicialmente cabe la misma impugnación tanto si los interesados manifiestan su conformidad, pues ésta no puede purgar los vicios de consentimiento y la lesión se reputa como tal, como si dejan transcurrir el término sin hacer oposición, que son los dos supuestos a que se refiere el artículo 1.081 de la Ley Procesal Civil, dado que este silencio y pérdida del trámite para impugnar la partición no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente, según afirma la Sentencia de 3 de diciembre de 1928.

Tercero.—A la vista de los anteriores razonamientos, claramente se deduce que el auto recurrido en casación por doña Julia F. L., en cuanto confirma el dictado en fase procesal de primera instancia que declaró no admitir demanda de juicio de mayor cuantía y de pobreza con relación a juicio voluntario de testamentaría entablado, disponiendo proceder a dictar el auto fijado en el artículo 1.085 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, aprobatorio de las operaciones particionales practicadas, no tiene el carácter de resolución definitiva requerida por los artículos 1.689 y 1.690, número 1.°, de dicho ordenamiento jurídico procesal, puesto que ni pone término al proceso por hacer imposible su continuación ni hace imposible la continuación del juicio principal, debido a que, como ha quedado precedentemente expuesto el referido auto objeto del presente recurso, en cuanto inadmite la demanda en cuestión, conduciendo a dictar auto aprobatorio de las operaciones particionales relacionadas, no impide su posterior impugnación por la recurrente, doña Julia F. L., de estimar lo conducente a su derecho, mediante los cauces adecuados al respecto y por tanto no hace imposible la continuidad del proceso afectante y determinante de dichas operaciones particionales; porque, como pone de manifiesto la Sentencia de 2 de febrero de 1928, de los términos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce la amplitud del juicio ordinario declarativo para discutir en él todas las cuestiones comprendidas en el universal de testamentaría, puesto que a él debe acudirse en el caso previsto en el artículo 1.088 de aquel citado texto, de tal manera que, según indica la Sentencia de 3 de diciembre de 1928, la pérdida del trámite

procesal para impugnar la partición no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo posterior, conforme a la también referida norma del artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo lo cual pone de evidencia, como ya ha sido expuesto en el primero de los fundamentos de esta resolución, que el juicio de testamentaría tenga como única finalidad la práctica de una partición, que si el legislador posibilita su impugnación dentro de su marco procedimental, a medio del ejercicio dentro de él del trámite que autoriza el precitado artículo 1.088, en aplicación del principio de economía procesal, no habiéndose hecho uso del derecho que ese precepto concede o denegado como en el presente caso ocurre, una vez dictado auto aprobatorio de las correspondientes operaciones particionales realizadas nada impide que los interesados en ellas puedan atacarlas mediante el ejercicio de las correspondientes acciones en el juicio declarativo ordinario correspondiente, y en consecuencia que no pueda hacerlo la interesada en tales operaciones particionales doña Julia F. L., y al ser así claro es que no se produce en la resolución ahora impugnada, ni en consecuencia en el auto aprobatorio de las indicadas operaciones particionales que en la citada resolución se acuerda llevar a cabo, la situación jurídico procesal de cosa juzgada que es esencial para que se produzca en el auto a que se contrae este recurso el carácter de resolución definitiva que requieren los artículos 1.689 y 1.690, número 1.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para tener acceso a la casación, dado que, una vez más sea dicho, ni pone término al proceso haciendo imposible su continuación ni hace imposible continuación de juicio principal, desde el momento en que el juicio declarativo ordinario al que, en su caso y de estimarlo conducente a su derecho, acceda doña J. F. L. o cualquier otro interesado en las referidas operaciones particionales, no es, en definitiva, más que una mera actividad procesal complementaria de las emanantes del referido auto particional, y más si se tiene en cuenta que, en contra de lo apreciado en el auto objeto del presente recurso, el ejercicio de la vía que depara al planteamiento de juicio declarativo ordinario el mencionado artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no viene supeditado a plazo alguno, ni concretamente los de ocho y quince días a que, respectivamente, se refieren los artículos 1.079 y 1.084 de la precitada Ley Procesal Civil, pues que estos plazos se contraen, el de ocho días única y exclusivamente, a los trámites que contempla de manifiesto de las operaciones particionales en Secretaría a efectos de si se produce o no oposición a las operaciones particionales y a los fines prevenidos en los artículos 1.080 a 1.084, y el de quince días en consideración a formulación o no de tal posible oposición, en acomodo a la normativa del citado artículo 1.084 y sus complementarios 1.085 a 1.088, sin afectar en consecuencia a la fase de ejercicio de juicio declarativo ordinario, para cuyo planteamiento no se señala plazo alguno; y sin que a todo ello obste que en la resolución recurrida se niegue a la recurrente doña Julia F. L. la admisión a trámite de la demanda que planteó con base en el referido artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que esa inadmisión exclusivamente afecta, por ser lo que la resolución recurrida considera, a su planteamiento al amparo de tal precepto procesal y no a posterior demanda que, en su caso y de estimarlo conducente a su derecho, pueda interponer cualquier interesado, y concretamente dicha doña Julia F. L., después de dictarse judicialmente auto aprobatorio de las tan repetidas operaciones particionales.

F. C. L.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA «SI SINE LIBERIS DECESSERIT» Artículos 164 y 174 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lérida, conforme a los siguientes fundamentos:

Fundamentos de Derecho.—1. Antes incluso de la exposición de los presupuestos fácticos que sirven de soporte al proceso a que este recurso se refiere se hace imprescindible el estudio y resolución del primero de los tres motivos a través de los cuales el demandado, aquí recurrente, don Ignacio G. M., articula este recurso de casación, cuyo primer motivo lo formula por el cauce del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que denuncia la Sentencia recurrida de haber incurrido en error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, para lo cual cita el recurrente el testamento otorgado por su abuelo, don José Antonio T. F., el día 22 de marzo de 1917, ya que la Sentencia recurrida afirma que, al haber fallecido don Luis T. T. (hijo del expresado testador), sin haber contraído matrimonio, sin descendencia y sin testar, la herencia del mismo, integrada exclusivamente por los bienes que, por los conductos de que luego se hablará, había recibido de su referido padre, corresponde a los herederos abintestato del citado don Luis T T., cuando la cláusula 7.ª del mencionado testamento de don José Antonio T. F. establece expresamente «si muere este mi hijo Luis sin hijos irán los bienes a sus hermanos», lo que ha de llevarnos forzosamente a la estimación del motivo que estamos considerando, ya que cualquiera que sea el sentido y alcance jurídicos que hayan de corresponder a la expresada cláusula testamentaria, de lo que nos ocuparemos al estudiar los otros motivos de este recurso, lo cierto es que la totalidad de la herencia de don Luis T. T., que repetimos, está integrada exclusivamente por los bienes que recibió de su mencionado padre, en ningún caso podrá ser deferida a título de sucesión intestada, sino que una parte de ella habrá de serlo por aplicación de la expresada cláusula testamentaria, que la Sentencia recurrida, al igual que antes la del Juez de Primera Instancia, no sólo no se detiene a valorar cuál pueda ser su alcance jurídico, sino que ni siquiera contempla su existencia.

2. Los hechos básicos, que aparecen probados, sobre los que se asienta el proceso a que este recurso se refiere, son los siguientes: *a)* El día 22 de marzo de 1917, ante el Párroco de Solerás (Lérida) y dos testigos, don José Antonio T. F., otorgó testamento abierto, en el que, después de declarar que es de estado casado con doña Antonia T. M., de cuyo matrimonio tiene cinco hijos (dos varones y tres hembras) y después de ordenar, a través de las cláusulas tercera a sexta, el usufructo de todos sus bienes en favor de su citada esposa, con ciertas facultades de disposición, de las que ella no usó, y que su hija Dominica T. T. ya está dotada según consta en sus capítulos matrimoniales con la cantidad en ellos señalada, que a su hija Elvira T. T. le señala la misma cantidad que su hermana Dominica tiene señalada en los capítulos matrimoniales, y que a su hija María T. T., religiosa de la Sagrada Familia, en el caso de tener que salir del convento, le deja la mitad de la cantidad que su hermana Dominica tiene señalada en sus

capítulos matrimoniales, más el derecho de acogerse a su casa paterna, se contienen las cláusulas séptima y octava cuya transcripción literal es la siguiente: «7.ª Dejo a mi hijo Luis T. T. la mitad de mis restantes bienes, que podrá, no obstante, ser rebajada por su madre en el caso que estime conveniente aumentar en algo para otro de los hijos. Además, si muere este mi hijo Luis sin hijos irán los bienes a sus hermanos. 8.ª Nombro heredero de la otra mitad de mis bienes y derechos habidos y por haber a mi hijo mayor José T. T., con la condición, empero, de que muriendo él sin hijos, a mi hijo Luis, antes nombrado, irán todos estos bienes, pudiendo, en tal caso, el heredero aquí nombrado disponer y señalar tan sólo para su esposa superviviente la cantidad de 365 pesetas anuales». *b)* El testador, don José Antonio T. F., falleció el mismo día en que había otorgado el mencionado testamento, o sea, el 22 de marzo de 1917. *c)* Don José T. T. falleció sin hijos el día 31 de diciembre de 1932. *d)* Doña Dominica T. T. (madre de don Ignacio, doña María y don Luis G. T.; los dos primeros, así como la viuda y heredera del tercero, son los litigantes en el proceso a que este recurso se refiere) falleció el día 10 de marzo de 1933. *e)* Don Luis T. T. falleció, en estado de soltero y sin hijos, el día 19 de julio de 1956. *f)* Doña María (también conocida por María Candelaria) T. T., religiosa de la Sagrada Familia, repudió la herencia de su padre por medio de escritura pública de fecha 12 de julio de 1957, autorizada por el Notario de Barcelona don José Piñol Agulló, en la que textualmente dijo: «Que repudia lisa y gratuitamente la herencia de su señor padre don José Antonio T. F., fallecido el 22 de marzo de 1917, y renuncia a cuantos derechos legitimarios o de otra naturaleza y acciones le pudieran corresponder en la sucesión del mismo, incluso por razón de la eficacia surtida por las sustituciones fideicomisarias por el mismo impuestas en el testamento que otorgó el 22 de marzo de 1917 ante el Reverendo Cura-Párroco de Solerás, don Ramón Baltasá Roca. Todo ello a tenor del derecho que le reconoce el artículo 988 del Código Civil». *g)* Los bienes integrantes de la herencia de don José Antonio T. F., a los que, respecto de sus dos mitades, se refieren las ya transcritas cláusulas séptima y octava de su testamento y que para su más fácil identificación designaremos por el número que como fincas registrales independientes les corresponden en el Registro de la Propiedad de Borjas Blancas (Lérida), además de otras dos que no se hallan inscritas y que después concretaremos, son los siguientes: ... *h)* La titularidad dominical de cada una de las expresadas fincas registrales fue, en su día, inscrita en el Registro de la Propiedad de Borjas Blancas a nombre de don Luis T. T., en cuanto a una mitad indivisa, que adquirió por legado de su padre don José Antonio T. F., con la condición de que si muere sin hijos, los bienes legados irán a sus hermanos, y en cuanto a la otra mitad indivisa, que adquirió como heredero sustituto de su citado padre, por haber fallecido sin hijos el fiduciario don José T. T. (así consta en la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Borjas Blancas, obrante a los folios 17 a 58 de los autos). *i)* Doña Elvira T. T., considerándose (por el mecanismo de las ya transcritas cláusulas séptima y octava del testamento de su padre, una vez que habían fallecido, sin hijos, sus hermanos don José y don Luis, que su hermana doña Dominica había fallecido en fecha anterior a la muerte de su hermano don Luis y que su hermana doña María, también conocida por María Candelaria, había repudiado la herencia de su padre) heredera única de su citado padre y, por tanto, propietaria exclusiva de todos los bienes que integran la herencia de éste, pretendió que esa supuesta titularidad dominical se hiciera constar en el Registro de la Propiedad mediante la correspondiente inscripción, respecto de cada una de las fincas registrales que anteriormente hemos relacionado, pero el Registrador solamente inscribió dicha

titularidad dominical en cuanto a la mitad indivisa de cada una de dichas fincas que a don Luis T. T. le había legado su padre, a título de herencia, con la condición de que si moría sin hijos los bienes legados irían a sus hermanos, y denegó la inscripción a favor de doña Elvira de la otra mitad indivisa, que su hermano don Luis había adquirido como heredero sustituto de su padre, por haber fallecido, sin hijos, el fiduciario don José T. T., cuya segunda mitad indivisa, según el Registrador, corresponde a los herederos abintestato del citado don Luis (así consta en la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Borjas Blancas, obrante a los folios 17 y 58 de los autos). *j)* Asimismo, con base en la misma consideración ya expresada de estimarse la propietaria única y exclusiva de todos los bienes que hemos relacionado en el anterior apartado *g)*, doña Elvira T. T. dispuso de los mismos en la siguiente forma: mediante escritura pública de fecha 12 de julio de 1957, autorizada por el Notario de Barcelona don José Piñol Agulló, vendió a su sobrino don Ignacio G. T. las fincas registrales números 521, 522 y 529 del libro cuatro de Solerás, y mediante testamento abierto de fecha 22 de febrero de 1967, otorgado ante el Notario de Serós (Lérida) don Alberto María Cordero Garrido, nombró e instituyó a su sobrino don Ignacio G. T. heredero universal de todos los restantes bienes que ya hemos relacionado, a excepción de las dos fincas o participaciones indivisas de las mismas, sitas en el término municipal de Grañera de Las Garrigas —que son las que en el anterior apartado *g)* hemos dicho que no aparecen inscritas en el Registro de la Propiedad—, las cuales las lega, por partes iguales, a sus otros dos sobrinos, doña María y don Luis G. T. *k)* Doña Elvira T. T. falleció el día 1 de abril de 1977. *l)* Doña María (también conocida por María Candelaria), religiosa de la Sagrada Familia, había fallecido el día 21 de noviembre de 1961.

3. En el juicio de menor cuantía a que este recurso se refiere, promovido por doña María G. T., y por doña Elvira E. G. (en su calidad esta última de viuda y heredera de don Luis G. T.), contra don Ignacio G. T., las expresadas actoras, por medio de una no muy precisa demanda, en la que dicen ejercitar acumuladamente las acciones de petición de herencia, reivindicatoria de partición de herencia, la *communi dividundo*, de nulidad de compraventa y de nulidad o cancelación de asientos registrales, y aduciendo que los hermanos don Ignacio, doña María y don Luis G. T. (éste ya fallecido) son, en primer lugar, en unión de sus tías doña Elvira y doña María (también conocida por María Candelaria) T. T., herederos abintestato de su tío don Luis T. T., y, en segundo lugar, también en unión de su citada tía doña Elvira, herederos abintestato de doña María (también conocida por María Candelaria) T. T., postulan, en esencia, que se declare que les pertenece la parte proporcional correspondiente a su condición de herederos por estirpes en la totalidad de la herencia indivisa de su tío don Luis T. T., integrada por todos los bienes que éste recibió de la herencia de su padre don José Antonio T. F., que se declare la nulidad de la venta que doña Elvira T. T hizo al demandado don Ignacio G. T. de las fincas registrales números 521, 522 y 529, así como la nulidad o cancelación de los asientos registrales que contradigan las anteriores declaraciones, y que se practique la división de la expresada herencia y se les adjudiquen las fincas que les correspondan con arreglo a sus respectivas cuotas o participaciones indivisas de las mismas. En dicho juicio recayó Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lérida, de fecha 31 de diciembre de 1985, por la que, estimando parcialmente la demanda, declara lo siguiente: 1.º Que cada una de las actoras doña María G. T. y doña Elvira E. G. es en la actualidad propietaria en pleno dominio de una cuota indivisa de tres dieciochoavas partes del total patrimonio que fue propiedad del fallecido don Luis

T. T. 2.° Que además de la cuota indivisa expresada en el apartado anterior, cada una de las actoras, doña María G. T. y doña Elvira E. G., es plena propietaria en indiviso y por partes iguales, de forma específica, total y plena, de las dos fincas del término de Grañena de las Garrigas. 3.° Que del resto del patrimonio relicto propiedad del fallecido don Luis T. T., y en lo no comprendido en los apartados anteriores, es propietario el demandado don Ignacio G. T., en indiviso hasta ahora en concurrencia con las actoras. 4.° Que se declara la nulidad de todas las inscripciones en el Registro de la Propiedad de Borjas Blancas que se opongan a lo declarado en los anteriores apartados, así como la expresa nulidad de los títulos que dieron lugar a tales inscripciones registrales, entre ellas la escritura otorgada en Barcelona el 12 de julio de 1957 ante el Notario don José Piñol y Agulló por la que doña Elvira T. T. vendía tres fincas rústicas a don Ignacio G. F. en término municipal de Solerás, en la provincia de Lérida. 5.° Que hay lugar a la división del patrimonio hasta ahora en copropiedad indivisa entre los hermanos don Ignacio G. T., doña María G. T. y doña Elvira E. G., como heredera de su difunto marido don Luis G. T., división que se hará en las proporciones ya señaladas para cada cotitular y se verificará en ejecución de Sentencia, caso de que no haya acuerdo amistoso entre las partes litigantes para realizarla. 6.° Que no hay lugar a hacer en la expresada Sentencia atribución específica de una superficie determinada de terreno en favor de ninguna de las actoras. En el correspondiente recurso de apelación, que solamente interpuso la representación de don Ignacio G. T., la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó Sentencia de fecha 9 de octubre de 1986, que es la aquí recurrida, por la que, sin contemplar siquiera la existencia de la cláusula séptima del testamento de don José Antonio T. F., que ya hemos transcrito en el apartado *a)* del fundamento segundo, ni mucho menos valorar el alcance y sentido jurídicos que deban corresponder a dicha cláusula, como tampoco lo había hecho el Juez de Primera Instancia, confirma íntegramente la Sentencia de este último.

4. Los motivos segundo y tercero (puesto que el primero ya lo hemos estudiado y resuelto en sentido estimatorio) a través de los cuales el recurrente don Ignacio G. T. articula el presente recurso, los formula por el cauce del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cuales han de ser estudiados conjuntamente, ya que mediante ellos el recurrente denuncia la infracción, por inaplicación de los mismos preceptos del ordenamiento jurídico (párrafos 1.°, 2.° y 3.° del artículo 174 de la Compilación de Cataluña, en relación con el apartado 3.° del artículo 163 y con el apartado 2.° del artículo 164 de la misma Compilación), radicando la diferencia entre uno y otro motivo simplemente en que, mediante el segundo, el recurrente pretende obtener la consecuencia jurídica de que, por aplicación de los citados preceptos, a las dos sustituciones fidicomisarias que don José Antonio T. F. estableció, respectivamente, en las cláusulas séptima y octava de su testamento, que hemos transcrito literalmente en el apartado *a)* del fundamento segundo de esta resolución, la totalidad de los bienes que don Luis T. T. había recibido por aplicación de dichas dos cláusulas, al haber muerto el mismo sin hijos, han de pasar íntegra y exclusivamente a la propiedad de doña Elvira T. T., por ser la única hermana que había sobrevivido a dicho fiduciario, mientras que en el tercero de los motivos, que formula de modo subsidiario para el supuesto de que sea desestimado el anterior, admite el recurrente que solamente corresponda a doña Elvira T. T. la mitad de los bienes a que se refiere la cláusula 7.ª del testamento, que don Luis T. T. recibió directamente de su padre, aunque sometidos a la sustitución fideicomisaria, mientras que la otra mitad de los bienes a que se refiere la cláusula octava

del mismo testamento, que don Luis recibió de su hermano don José, por haberle éste premuerto sin hijos, hayan de corresponder a los herederos abintestato del referido don Luis.

5. Al ser la voluntad del testador la ley de la sucesión, en el presente supuesto litigioso aparece de modo indudable que el testador don José Antonio T. F., en las cláusulas séptima y octava de su testamento de fecha 22 de marzo de 1917, estableció de modo expreso y claro sendas sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit*, pues por la séptima dejó la mitad de sus bienes a su hijo don Luis, agregando en ella que «si muere este mi hijo Luis sin hijos irán los bienes a sus hermanos», y por la octava nombró heredero de la otra mitad de sus bienes a su hijo don José, agregando en ella que «con la condición, empero, de que muriendo él (don José) sin hijos, a mi hijo Luis, antes nombrado, iran todos estos bienes», siendo innegable la validez y eficacia de tales sustituciones fideicomisarias condicionales, tanto con arreglo al derecho anterior a la compilación de Cataluña (Sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1928, 19 de abril y 30 de octubre de 1929, entre otras), que es el aplicable al presente caso litigioso, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del testador fideicomitente (22 de marzo de 1917), como con arreglo a la citada Compilación (art. 174 de la misma). Para el estudio de la trascendencia y efectividad jurídicas que hayan tenido los dos expresados fideicomisos condicionales *sine liberis*, de lo que no se ha ocupado en absoluto la Sentencia recurrida, como tampoco lo había hecho la de primer grado, deben ser examinados por separado cada uno de ellos. Al morir don José T. T., sin hijos, el día 31 de diciembre de 1932, la mitad indivisa de los bienes, que su padre le había dejado a título de herencia en la citada cláusula octava del testamento, hubo de pasar y pasó en pleno dominio y sin limitación alguna a su hermano don Luis, en el cual quedó purificado y consumado el fideicomiso, al ser él el único fideicomisario, por lo que dicha mitad de bienes ya no quedaba sometida a sustitución fideicomisaria alguna y, por tanto, al fallecer don Luis sin testamento tienen derecho a la misma sus herederos abintestato, lo que ha de llevar al decaimiento del segundo de los motivos articulados por el recurrente. Al morir, sin hijos, don Luis T. T. el día 19 de julio de 1956, la mitad indivisa de los bienes, que su padre le había dejado en la aludida cláusula séptima del testamento, hubo de pasar a sus hermanos, conforme a lo establecido en la misma, pero sólo a aquellos que le hubieran sobrevivido, pues en las sustituciones fideicomisarias condicionales, como es la que estamos contemplando, los fideicomisarios sujetos a condición, aun cuando a la muerte del fideicomitente adquieren la expectativa de su derecho, no lo completan, ni tampoco transmiten a sus herederos el derecho a sustituir, sino cuando durante su vida se cumple la condición establecida, y ello tanto con arreglo al derecho anterior a la Compilación de Cataluña (Sentencias de esta Sala de 9 de julio de 1910, 11 de diciembre de 1912, 5 de enero y 29 de diciembre de 1928, 30 de octubre de 1929, entre otras), que, como ya se ha dicho, es el aplicable al presente supuesto litigioso, como de conformidad con lo establecido en el apartado 2.° del artículo 164 de la citada Compilación, siendo éste el caso de doña Dominica T. T. (hermana de don Luis y madre de los aquí litigantes), que, por haber fallecido antes que su referido hermano, no adquirió derecho alguno al fideicomiso ni pudo transmitirlo a sus citados hijos, máxime cuando en la expresada cláusula séptima el fideicomitente don José Antonio T. F. no llamó como sustitutos fideicomisarios a sus demás hijos, dentro de cuya palabra cabría haber incluido a todos sus descendientes, aunque fueran de ulterior grado y, por tanto, a sus nietos (Sentencias de esta Sala de 15 de enero de 1878, 23 de diciembre de 1885, 31 de diciembre de 1895,

27 de enero de 1899, 13 de noviembre de 1903, 14 de febrero de 1914, 1 de mayo de 1941, 30 de abril de 1981, entre otras), como asimismo lo establece el artículo 114 de la Compilación de Cataluña, sino que se limitó a nombrar como sustitutos de don Luis, expresa y exclusivamente, «a sus hermanos», cuya palabra no admite en modo alguno la referida interpretación extensiva. Como a la fecha de la muerte, sin hijos, de don Luis solamente vivía su hermana doña Elvira T. T., pues aunque también le sobrevivió su hermana doña María (también conocida por María Candelaria), ésta repudió la herencia de su padre y renunció expresamente a los derechos que le pudieran corresponder por la sustitución fideicomisaria que estamos examinando, como ya hemos dicho en el apartado *f)* del fundamento segundo de esta resolución, es evidente que la mitad indivisa de los bienes a que se refiere la cláusula séptima del testamento pasó en pleno dominio y sin limitación alguna a la titularidad exclusiva de doña Elvira T. T., por ser la única fideicomisaria con derecho a ello, todo lo cual ha de llevarnos a la estimación del tercero de los motivos, a través de los cuales el recurrente ha articulado el presente recurso.

6. La procedencia de la estimación de este recurso obliga a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, acerca de lo cual, al no poder ser aceptado el fallo de ninguna de las dos Sentencias de la instancia, que son coincidentes, ha de hacerse constar lo siguiente: 1.º Al corresponder a los tres hijos de doña Dominica T. T., que son los aquí litigantes (don Ignacio, doña María y la viuda y heredera de don Luis G. T.) heredar por estirpes, como herederos abintestato de su tío don Luis, en unión de sus tías doña Elvira y doña María (también conocida por María Candelaria), solamente en cuanto a la mitad indivisa de las 24 fincas registrales que aparecen inscritas en el Registro de la Propiedad de Borjas Blancas, que hemos relacionado en el apartado *g)* del fundamento segundo de esta resolución (de las dos fincas sitas en el término municipal de Grañena de Las Garrigas, que no se hallan inscritas en el Registro, nos ocuparemos después), cuya mitad indivisa representaremos por dieciocho treinta y seis avas partes de la total extensión de cada una de las citadas fincas, resulta que a doña Elvira, a doña María (también conocida por María Candelaria) T. T., por cabezas, y a la estirpe de los hermanos G. T., les corresponde a cada una seis treinta y seis avas partes; por otro lado, en la sucesión intestada de doña María (también conocida por María Candelaria) T. T., y con respecto a sus aludidas seis treinta y seis avas partes, corresponden a doña Elvira tres treinta y seis avas apartes y a la estirpe de los tres hermanos G. T. las otras tres treinta y seis avas partes. Por tanto, y en resumen, a cada una de las actoras aquí recurridas, doña María G. T. y doña Elvira E. G., esta última en su calidad de viuda y heredera de don Luis G. T., les corresponde dos treinta y seis avas partes (que heredaron de su tío don Luis), más una treinta y seis ava parte (que heredaron de su tía doña María o María Candelaria), lo que hace un total para cada una de las actoras, aquí recurridas, de tres treinta y seis avas partes en cada una de las veinticuatro fincas a las que nos venimos refiriendo. Por otro lado, al demandado, aquí recurrente, don Ignacio G. T., le corresponden tres treinta y seis avas partes (al igual que a cada uno de sus dos hermanos, como herederos abintestato, por estirpe, de sus tíos don Luis y doña María, según acaba de decirse), a lo que ha de agregarse, por ser heredero universal de su tía doña Elvira, nueve treinta y seis avas partes (que su expresada tía heredó abintestato de sus hermanos don Luis y doña María) y dieciocho treinta y seis avas partes (que corresponden a la otra mitad indivisa de

los bienes, que su tía doña Elvira heredó como sustituta fideicomisaria de su hermano don Luis), todo lo cual hace para don Ignacio G. T. un total de treinta y seis avas partes en cada una de las citadas fincas. 2.º Respecto de la escritura pública de fecha 12 de julio de 1957, autorizada por el Notario de Barcelona don José Piñol Agulló, por la que doña Elvira T. T. vendió a su sobrino don Ignacio G. T. las fincas registrales números 521, 522 y 529 del libro 4 de Solerás, tomo 141 del archivo, del Registro de la Propiedad de Borjas Blancas (las cuales se encuentran comprendidas dentro de las veinticuatro fincas a que nos hemos referido en el apartado anterior), solamente procede declarar la nulidad de la venta respecto de una mitad indivisa de dichas fincas (que no pertenecía a la vendedora doña Elvira) y mantenerla subsistente en cuanto a la otra mitad indivisa (que pertenecía a doña Elvira por el juego de las tantas veces repetida sustitución fideicomisaria *sine liberis*), lo que no contradice en absoluto la distribución de cuotas o participaciones indivisas que hemos hecho en el apartado anterior, pues bien sea a título de heredero universal de su tía doña Elvira, bien sea por la citada compraventa, lo que resulta indiferente para el objeto de la litis a que se refiere este recurso, lo cierto es que don Ignacio G. T. es titular dominical de la mitad indivisa o, lo que es lo mismo, de dieciocho treinta y seis avas partes de cada una de las tres citadas fincas, que, como ya hemos dicho, se encuentran comprendidas dentro de las veinticuatro a que nos hemos referido en el apartado anterior. 3.º Como ninguno de los asientos registrales practicados en el Registro de la Propiedad de Borjas Blancas (Lérida), respecto de las aludidas veinticuatro fincas registrales, contradice lo aquí resuelto, pues en ellos solamente aparece inscrita a nombre de doña Elvira T T., o de don Ignacio G. T., la titularidad dominical de la mitad indivisa de dichas fincas y denegada expresamente la inscripción a favor de ellos de la otra mitad indivisa (así consta en la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Borjas Blancas, obrante a los folios 17 a 58 de los autos), dentro de cuya segunda mitad indivisa cabe perfectamente la inscripción de las participaciones indivisas que se reconocen en favor de las actoras, aquí recurridas, no procede declarar la nulidad o cancelación de ninguno de los expresados asientos registrales. 4.º Como doña Elvira T. T., en su testamento abierto de fecha 22 de febrero de 1977, otorgado ante el Notario de Serós (Lérida) don Alberto María Cordero Garrido, legó a sus sobrinos doña María y don Luis G. T. las dos fincas sitas en el término municipal de Grañena de las Garrigas, que no aparecen inscritas en el Registro de la Propiedad, aunque sólo era propietaria de una mitad indivisa de las mismas, ha de mantenerse la subsistencia y validez de dicho legado, no sólo por aplicación de lo preceptuado en el artículo 861 del Código Civil, sino también, y sobre todo, porque el mismo no ha sido impugnado en legal forma por el único legitimado para ello, que es el heredero de doña Elvira, don Ignacio G. T., el demandado, aquí recurrente, por lo que ha de declararse que las dos expresadas fincas pertenecen en *pro indiviso* y por mitad a las actoras, aquí recurridas, doña María G. T. y doña Elvira E. G., esta última como heredera de don Luis G. T. 5.º La división de las veinticuatro fincas a que se refiere el anterior apartado primero se llevará a efecto entre los litigantes con arreglo a las participaciones o cuotas expresadas en el mismo, en ejecución de Sentencia.

F. C. L.

COMUNIDAD HEREDITARIA. CONCENTRACION PARCELARIA. RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, declara no haber lugar el recurso de revisión interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos por la parte demandada y apelada, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. Antecedente inmediato del recurso de revisión promovido por don José Aurelio H. P. en el juicio declarativo de menor cuantía que, con el número 40 de 1983, se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia de Salas de los Infantes, deducido por doña Verisima y don Evorcio P. S. contra el referido recurrente sobre declaración de propiedad de fincas rústicas, concretándose las pretensiones ejercitadas a la declaración de nulidad del título en que el demandado fundaba su derecho de propiedad sobre las fincas objeto del procedimiento, en cuanto que las mismas eran propiedad indivisa de los herederos forzosos de los cónyuges don Valeriano P N y doña Beatriz S. R. (padres y abuelos de los actores y el demandado, respectivamente), y a la atribución de la titularidad de dichas fincas, en el concepto indicado, en el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. La demanda fue desestimada por el Juzgado en Sentencia de 14 de noviembre de 1983, pero prosperó en el trámite de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, la que por Resolución de 22 de noviembre de 1985 revocó la de Primera Instancia y acogió las pretensiones hechas valer en la misma, siendo de destacar que la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia se centró en la existencia de un estado de indivisión hereditaria respecto a las fincas objeto del pleito, ya que las herencias de los cónyuges antes mencionados se encuentran indivisas y pertenecen *pro indiviso* a todos los herederos (considerando cuarto), así como en que «la escritura de manifestación de herencia otorgada el día 29 de julio de 1978» no puede, de ningún modo, servir de título particional válido y eficaz de la herencia indivisa en litigio ni servir para la transmisión y adquisición singular del dominio que la resolución ministerial en el expediente de concentración tuvo en cuenta a favor del allí reclamante y aquí demandado, sin que haya duda de la perfecta identidad de tales fincas, porque en los boletines provisionales de concentración figuraban a nombre de los padres y abuelos de los litigantes, don Valeriano P. N. y doña Beatriz S. R. (considerando quinto).

2. Contra la expresada Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 22 de noviembre de 1985, que adquirió firmeza al no darse lugar a tener por preparado recurso de casación propuesto por el demandado-apelante, señor M. P., se interpone el actual de revisión por dicha parte, en cuyo escrito y por vía de antecedentes se hace constar que recibido el juicio a prueba se descubrieran los siguientes fraudes: que de las herencias proindivisas del matrimonio P. N.-S. R. han sido vendidas varias fincas, muy cuidadosamente ocultas, por la actora doña Verisima y su sobrina Asunción P. P., que los actores don Evorcio y doña Verisima se han apropiado de diversas fincas rústicas propiedad de los cónyuges don Valeriano y doña Beatriz, y que están en poder de los demandantes u otro heredero todos los documentos relativos a la testamentaria del referido matrimonio, negándose a su exhibición. Y en los fundamentos de derecho del recurso se argumenta que «lo que se impugna también en este recurso de revisión es toda la valoración que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos hace de la prueba practicada: documental, testifical y de confesión judicial», que «los derechos que se entienden violados por la Sala y que consagra la Constitu-

ción son los artículos 14 y 24 de igualdad ante la Ley y tutela efectiva de Jueces y Tribunales, pues la fundamentación y conclusión de la Sala es ilógica, contradictoria y vulneradora de preceptos legales» y que «habrá lugar a la revisión de la Sentencia firme, si se hubiese ganado injustamente en virtud de maquinaciones fraudulentas».

3. Recopilando la reiterada doctrina mantenida por esta Sala acerca del recurso de revisión, conviene decir que «por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que le integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la Sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la Sentencia impugnada» (Sentencias de 3 de mayo, 6 de junio y 25 de septiembre de 1968; 30 de mayo de 1980; 2 de diciembre de 1983; 14 de julio de 1986, y 7 de abril y 19 de mayo de 1987) y que «la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la Sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «máquinaciones fruaudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda» (Sentencias de 23 de noviembre de 1983, 30 de enero de 1984, 3 de marzo y 7 de abril de 1987).

4. Proyectando cuanto antecede al caso de autos y dado que la revisión, reproduciendo el informe del Fiscal, «como medio excepcional de combatir la cosa juzgada, no autoriza a los litigantes a proponer un nuevo examen de las cuestiones que ya tuvieron su lugar adecuado en el pleito», resulta evidente que el recurrente, como acertadamente se razona en dicho informe, lo que trata, realmente, es impugnar la valoración probatoria de la Sala sentenciadora, como si de una nueva instancia se tratara, propósito que de manera bien explícita fue exteriorizado, como se dijo, en el primer fundamento de derecho del escrito de recurso, lo cual no es técnicamente admisible e implica el rechazo más absoluto a las alegaciones referidas a los fraudes descritos entre los antecedentes de aquél, sin perjuicio de lo que al respecto «resultase pertinente en el orden estrictamente civil o jurisdiccional correspondiente» como se expresó en el cuarto considerando de la sentencia recurrida e implica, asimismo, negar relevancia a la prueba practicada en el recurso y a los documentos aportados al amparo de lo establecido en el artículo 506 del Texto Procesal, los que, según el propio recurrente, «guardan relación muy estrecha con la apropiación por parte de dichos herederos de más de 100 fincas rústicas que pasaron a formar parte de su patrimonio, es decir, antes del inventario de todos los bienes habidos al fallecimiento de los cónyuges don Valeriano P. N. y doña Beatriz S. R.

5. Por lo que respecta a las «maquinaciones fraudulentas» a que se alude en el fundamento de derecho segundo del recurso, ante la falta de descripción sobre los hechos o circunstancias en que consistieron, parece ser criterio de la parte el de referirlas a los fraudes de que se hizo mención, lo cual, y por lo dicho con anterioridad, evidenciaría su inoperancia en orden a la pretendida revisión, pero es que, además, tales presuntas maquinaciones o cualesquiera otras de análoga significación no guardan ninguna relación, ni nada tienen que ver con la

fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida, que se transcribió en el primer fundamento de la presente, y de aquí, que, sin necesidad de mayores razonamientos, haya de concluirse que la Sentencia cuya revisión se pretende no fue ganada injustamente, lo que determina, en definitiva, la desestimación del recurso de revisión interpuesto por don José Aurelio H. P., a quien, en virtud de lo dispuesto en el rituario artículo 1.809, se condenará al pago de las costas causadas en el mismo y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino que marca la Ley.

F. C. L.

PARTICION EFECTUADA POR CONTADOR-PARTIDOR. COMPUTO DEL PLAZO. INVENTARIO Y CITACION. Artículo 1.057, párrafo final, del Código Civil (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1988).

El plazo señalado al contador-partidor debe empezar a correr desde que conste haber tenido conocimiento de su nombramiento y haber aceptado el encargo.

La falta de inventario y citación previos habiendo herederos menores de edad origina la nulidad de la partición.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, declara haber lugar el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Luarca, conforme a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—1. La motivación alegada en defensa del presente recurso viene cinrcunscrita a dos única cuestiones: la nulidad de la partición efectuada por el Comisario contador-partidor don B. M. A., mediante el acto de conciliación celebrado ante el Juzgado de Paz de San Martín de Oscos con fecha 15 de mayo de 1982 y la declaración directamente vinculada a la partición, de una propiedad exclusiva, en favor de doña Pilar F. G., de las cinco fincas que se enumeran en el apartado D) del suplico de la demanda. Se pretende fundamentar y defender la mencionada nulidad en los tres primeros motivos aduciendo correlativa y subsidiariamente: la expiración del plazo concedido al Comisario, el incumplimiento por el mismo del apartado 2.° del artículo 1.057 del Código Civil, al darse la concurrencia de menores de edad y la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, que recoge el artículo 1.074 del mismo cuerpo legal; finalmente se dedican al tema de la secundaria declaración de propiedad ya referida las argumentaciones del motivo cuarto.

2. Admite el Tribunal *a quo* que aunque los fallecimientos del causante, don José Antonio A. A., y de su esposa, doña Pilar F. G., tuvieron lugar, respectivamente, en 17 de mayo de 1949 y 25 de agosto de 1966, y la partición se realizará en 15 de mayo de 1982, el plazo de diez años concedido en el testamento para practicarla debe empezar a correr desde que conste haber tenido conocimiento el Comisario de su nombramiento y haber aceptado el encargo, momento que hay que admitir tuvo lugar en el mes de mayo de 1982, según afirmación del interesado, sin estar contradicha por prueba en contrario; no pudiendo prosperar el motivo primero que, con base en el ordinal 4.° del artículo 1.692 de la L. E. C.,

pretende imputar a la resolución recurrida un error en la apreciación de la prueba, citando documentos acreditativos de hechos, a partir de los cuales puede deducirse, con las reglas del criterio humano, el pretendido conocimiento anterior del Comisario. De cualquier forma resulta inadmisible el proceso lógico aducido en el motivo cuando partiendo del hecho de haberse expedido para la viuda una copia del testamento de don José Antonio A. M. cuarenta días después del fallecimiento del mismo, de la circunstancia de haber entrado a convivir con la señora viuda muchos años después de la muerte de su marido, la esposa de su hijo doña Dina, y de la relación de parentesco existente entre ésta y el Comisario (tío y sobrina) no es posible establecer el nexo lógico presuntivo, o enlace preciso y directo, que conduzca desde el hecho base al que se intenta demostrar; inadmisión del motivo que se refuerza aún más si cabe teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala en orden a la necesaria literosuficiencia de los documentos de apoyo en los casos de utilización del ordinal cuarto alegado.

3. Con carácter subsidiario se aduce en el motivo segundo de la infracción del párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil (hoy párrafo tercero después de la reforma de 13 de mayo de 1981), ya que el Comisario testamentario señor M. A. no efectuó la alegada citación de los coherederos, acreedores y legatarios para la confección del inventario de bienes, que debía de preceder a la partición. Conviene dejar sentado que a la presente partición concurren activamente los herederos del causante don José Antonio A. A., conjunto formado por las cuatro hijas y por los herederos del único hijo, don José María, muerto treinta años después del causante; grupo de sucesores de este fallecido hijo formado a su vez por su viuda, doña Dina M., y sus cinco hijos, tres de los cuales son menores de edad; todos ellos actúan en sustitución y ejercitando los derechos que, como heredero en la partición le correspondían a su difunto padre (art. 1.006 del Código Civil), y por tanto, al actuar y ejercitar los derechos en el concepto de herederos, resulta de aplicación la regla contenida en el denunciado artículo 1.057 del Código Civil. Doctrinal y jurisprudencialmente es conocido que la partición realizada por un Comisario nombrado expresamente por el testador equivale a la hecha por éste, equiparación entre una y otra partición que encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos que concurran haya alguno menor o sujeto a tutela, en cuyo supuesto entra en juego la regla final del artículo 1.057 antes citado, imponiendo al Comisario el deber de inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios; medida de precaución tomada por el legislador en interés de todas estas personas citadas, siendo manifiesto que la Ley considera necesaria tal citación, cuya omisión no vicia de nulidad radical o absoluta las operaciones particionales, pero sí de una nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellas personas en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía, esto es, por los coherederos, acreedores, y legatarios (Sentencias de 23 de diciembre de 1976 y de 16 de mayo de 1984); y visto que en el caso de autos los coherederos interesados en la partición han ejercitado, dentro de plazo, la acción de nulidad de la misma, para lo cual estaban legitimados, procede una declaración en tal sentido, dando lugar al motivo y casando la resolución recurrida, pues al contrario de lo en ella expuesto, el ejercicio de la acción de anulabilidad no está exclusivamente circunscrito a los menores intervinientes en la partición, sino que corresponde también a los demás interesados que el precepto enumera.

Comentario.—No parece muy ajustada la declaración de que el plazo señalado para el ejercicio del cargo comienza a correr desde que consta haber tenido

conocimiento de su nombramiento y *haber aceptado el cargo,* pues interpretada literalmente dejaría en manos del contador-partidor o albacea la duración del cargo. Por ello debe interpretarse esta declaración en el sentido de que el plazo de duración comienza a contarse desde que tiene conocimiento de su nombramiento, habiendo aceptado, al propio tiempo, el cargo dentro del plazo legal, que es el de los seis días fijados en el artículo 898 del Código Civil, aplicable a los contadores-partidores por analogía de su cargo al de albacea. Y, al propio tiempo, debería añadir teniendo el albacea a su disposición todos los documentos y antecedentes precisos para desempeñar su cometido, pues si por culpa o dolo de los herederos no suministran al contador- partidor o albacea tales documentos y datos, hay que estimar que éste ha entrado en el desempeño de su cargo, interrumpiendo el plazo de caducidad del cargo. Todo lo cual puede acreditarse mediante acta notarial.

F. C. L.

PARTICION HECHA POR EL TESTADOR. ACTOS PROPIOS. Artículos 659, 668, 1.056 del Código Civil (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1988)

Actos propios son los que, como expresión inequívoca del consentimiento, se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, acreditado que el testador dispuso en su testamento por vía particional de bienes inmuebles gananciales, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había confirmado íntegramente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torrelavega, en base a los siguientes

Fundamentos de Derecho.—Primero.—Los hechos incuestionados que integran el soporte fáctico del proceso del que este recurso dimana, cuya exposición pormenorizada se hace imprescindible para la comprensión y adecuada resolución del mismo, son los siguientes: *a)* Doña Aurelia C. G., casada con don Luis S. F., de cuyo matrimonio tienen diez hijos, llamados doña Aurelia, doña Isabel, doña Encarnación, don José Luis, doña Carmen, don Emeterio, doña María Enma, don Remigio, doña Inmaculada y doña Clara S. C., en 18 de febrero de 1954, bajo la fe del Notario de Torrelavega don José Luis Pérez Muñoz (con el número 155 de su protocolo), otorgó testamento abierto (único de los por ella otorgados), por el que legó el tercio de libre disposición de su herencia, en pleno dominio, a su cónyuge don Luis S. F. e instituyó herederos en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, en propiedad plena y por iguales partes, a sus diez expresados hijos. *b)* El día 1 de noviembre de 1958 falleció doña Aurelia C. G., hallándose vigente su expresado testamento, sin que, a su muerte, el cónyuge viudo y sus diez hijos practicaran liquidación de la sociedad de gananciales, a cuyo régimen estaba sometido el citado matrimonio, ni tampoco hicieran la partición de la herencia de la aludida causante, todos cuyos bienes continuó usufructuando el cónyuge viudo. *c)* En 9 de febrero de 1978, bajo la fe del

Notario de Torrelavega don Mariano Collado Soto (con el número 273 de su protocolo), el viudo, don Luis S. F., otorgó testamento abierto (único de los por él otorgado), en el que, después de decir que estuvo casado en única nupcias con doña Aurelia C. G., de cuyo matrimonio tiene diez hijos (los ya relacionados anteriormente), manifiesta expresamente que «instituye herederos a partes iguales a sus diez citados hijos, siendo sustituidos por sus respectivos descendientes legítimos», a continuación de lo cual agrega: «es deseo del testador, y así ruega, que al hacer la distribución de los bienes, lo hagan de la forma siguiente: A su hijo Remigio: la casa en Sovilla, San Felices de Buelna, número dos de gobierno, de planta baja, piso alto, cuadra, pajar, socarreña y huerto, que linda por el Oeste con carretera. A su hija Clara: la casa grande San Felices, número 101 de gobierno, sito de Consolación, donde vive el testador en compañía de dicha hija, y cinco carros de tierra donde la casa, que linda: Norte, servidumbre común de la Barriada; Sur, campo común; Este, carretera vecinal, y Oeste, con terreno de dicha hija. A su hija Inmaculada: la casa pequeña, con su cuadra, corral y huerta de unos ocho a diez carros, que linda: Norte, servidumbre común de la barriada; Sur, campo común de la iglesia; Este, Clara Santos Collantes, y Oeste, José Laguillo, todo radicante en San Felices. Y a sus hijos: Aurelia, Isabel, Encarnación, José Luis, Carmen, María Enma, a repartir entre los siete el terreno restante». *d)* El día 1 de diciembre de 1978 falleció don Luis S. F., hallándose vigente su referido testamento. *e)* Aparte de existir en el caudal hereditario de los cónyuges doña Aurelia C. G. y don Luis S. F. bienes privativos de cada uno de ellos, el mayor número de sus bienes eran gananciales.

Segundo.—De los diez citados hijos del expresado matrimonio, nueve de ellos, o sea, todos menos doña Clara, estaban de acuerdo en distribuir entre ellos, de manera amistosa y extrajudicialmente, en décimas partes iguales, el caudal hereditario de sus padres, considerado como un todo único, sin distinguir el carácter privativo o ganancial que originariamente tuvieran los bienes que lo integran, para lo que don Remigio y doña Inmaculada renunciaban incluso a las casas, respecto de las cuales su padre, en su testamento, había expresado su deseo de que les fueran respectivamente adjudicadas en pago de sus participaciones hereditarias, pero ante la oposición que a ello hizo doña Clara, los nueve citados hermanos se vieron forzados a promover, ante el Juzgado de Primera Instancia de Torrelavega, el correspondiente juicio voluntario de testamentaría, en el que, previa su oportuna tramitación y tras ser totalmente disconformes entre sí las particiones formuladas por los Contadores designados por cada una de las partes enfrentadas (los nueve hermanos unidos, por un lado, y doña Clara, por el otro), la practicó el Contador dirimente nombrado por el Juzgado, que lo fue, por insaculación, el Letrado de Torrelavega, don Manuel Barquín Mazón, el cual, en esencia, dividió el caudal hereditario de ambos esposos causantes, como si fuera un todo único, en diez partes iguales, si bien, al hacer la adjudicación de bienes a cada uno de los diez hermanos para el pago de sus respectivas cuotas hereditarias (por importe, cada una, de 672.999 pesetas), asignó a doña Clara la llamada Casa Grande, conforme al deseo expresado por el padre don Luis S. F., en su testamento, pero como el valor de dicha casa (1 466.666 pesetas) era superior al de su cuota hereditaria, determinó que doña Clara abonara en metálico el exceso a varios de sus hermanos, en la proporción correspondiente, para que las cuotas de todos ellos fueran iguales en la cantidad ya expresada, bajo cuyo designio igualatorio las otras dos casas fueron adjudicadas, en *pro indiviso*, a varios de los citados coherederos. La referida partición del Contador dirimente, a la que prestaron su consentimiento los nueve referidos hermanos, fue impug-

nada por doña Clara, a través del juicio declarativo correspondiente, en el que dedujo la pretensión de que la partición del patrimonio hereditario de sus dos padres, como un todo unitario, se hiciera en el sentido de que a ella y a sus hermanos don Remigio y doña Inmaculada se les adjudicaran, en pago de sus respectivas cuotas hereditarias, las casas asignadas a cada uno por su padre en su testamento, sin tener que hacer compensación alguna en metálico por las diferencias, en más o en menos, de valor de tales casas con respecto a las cuotas de los demás, y que los restantes bienes integrantes del caudal hereditario fueran divididos por séptimas partes entre sus otros siete hermanos. La Sentencia del Juzgado, recaída en dicho proceso, estimó la demanda de doña Clara S. C., acordando, en su consecuencia, la formalización de la partición por el Contador dirimente en los términos ya dichos. En grado de apelación, la expresada Sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, contra la que los nueve hermanos: doña Aurelia, doña Isabel, doña Encarnación, don José Luis, doña Carmen, don Emeterio, doña María Enma, don Remigio y doña Inmaculada S. C., interponen el presente recurso de casación, que articulan a través de cuatro motivos.

Tercero.—Por el primero de ellos, por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recurrentes denuncian «infracción, por no aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al incurrir las Sentencias en incongruencia y todo ello en relación también con infracción, por no aplicación, de la jurisprudencia referente al principio de derecho de la fuerza vinculante de los actos propios», para lo cual aducen que la actora doña Clara, única impugnante del cuaderno particional litigioso, no se ha limitado a pedir que a ella se le adjudique en la partición lo que entiende le corresponde con arreglo al testamento de su padre (concretamente la denominada «Casa Grande», sin tener que abonar nada en metálico a sus coherederos, por el exceso de valor de dicha casa con respecto a la cuota hereditaria de los demás), sino que también ha postulado que a sus hermanos don Remigio y doña Inmaculada se les adjudiquen, en pago de sus respectivas cuotas, las casas que su padre les había asignado, respectivamente, en su referido testamento, cuando ellos han mostrado su conformidad con el cuaderno particional impugnado, a pesar de que en él no se les hace adjudicación de las expresadas casas, por lo que los recurrentes entienden que, al haber la Sentencia recurrida estimado todas las pretensiones de la actora doña Clara, ha incurrido en incogruencia, además de haber infringido la doctrina jurisprudencial sobre la fuerza vinculante de los actos propios. El expresado motivo ha de fenecer, no sólo porque el cauce utilizado para la articulación del mismo (ordinal quinto del ya citado artículo de la Ley Procesal Civil) es inadecuado, pues como tiene declarado esta Sala (Sentencias de 17 de diciembre de 1985, 30 de mayo y 27 de junio de 1986, entre otras) el vicio de incongruencia no tiene otro cauce de denuncia que el del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque en el expresado motivo mezcla, como supuestamente violados, conceptos jurídicos tan heterogéneos como el de la congruencia de la Sentencia y la doctrina jurisprudencial acerca de la fuerza vinculante de los actos propios, que tendrían que haber sido objeto de motivos distintos, por sus cauces procesales adecuados, sino también porque si por incongruencia hemos de entender la disconformdiad o discrepancia ante el *petitum* de la demanda (o, en su caso, reconvención) y la parte dispositiva o fallo de la Sentencia, tal vicio no es predicable de la Sentencia aquí recurrida, que se ha limitado a estimar todos los pedimentos de la demanda, ello sin perjuicio de que si los recurrentes entienden que tal estimación no es

ajustada a derecho, puedan impugnar la misma por violación de los preceptos jurídicos sustantivos que estimen infringidos, como así lo hacen a través de los motivos segundo y tercero, que seguidamente estudiaremos, pero no tachando de incongruente a la Sentencia recurrida, y también porque la doctrina jurisprudencial de la fuerza vinculante de los «actos propios», que los recurrentes en este mismo motivo citan como infringida, carece en absoluto de aplicación al presente caso, ya que si dichos «actos propios» son los que, como expresión inequívoca del consentimiento se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor, la actora doña Clara S. C. no había realizado acto alguno de la expresada naturaleza que se halle en contradicción con las pretensiones que luego dedujo en su demanda, por lo que la Sentencia recurrida, al estimar dichas pretensiones, no puede haber incurrido en infracción de la citada doctrina jurisprudencial.

Cuarto.—Al denunciarse, por el motivo cuarto, error de hecho en la apreciación de la prueba, el mismo debe ser estudiado, por razones de método procesal, antes que el segundo y el tercero, que denuncian infracción de normas del ordenamiento jurídico, ya que la previa y correcta fijación del soporte fáctico litigioso puede ser antecedente necesario y decisivo para la adecuada solución de la *quaestio iuris*, que plantean los dos aludidos motivos intermedios.

Quinto.—Por el referido motivo cuarto, con sede procesal en el mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recurrentes, como ya se ha dicho, denuncian «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador y sin estar contradichos por otros elementos probatorios», señalando como tal error el no haber la Sentencia de la Sala *a quo* reconocido el carácter ganancial que corresponde a las dos casas, respecto de las cuales don Luis S. F., en su testamento, expresó su deseo de que fueran, respectivamente, adjudicadas a sus hijas doña Clara y doña Inmaculada en pago de sus haberes hereditarios, y citando como documentos que evidencian el error denunciado los siguientes: el inventario de bienes presentado el día 4 de junio de 1979 en la Oficina Liquidadora de Torrelavega, con motivo del fallecimiento de don Luis S. F., para el pago del Impuesto de Sucesiones, correspondiente a la herencia de dicho causante; el cuaderno particional formulado en el juicio de testamentaría del que este proceso dimana por el Contador nombrado por los nueve hermanos aquí recurrentes; el cuaderno particional formulado en dicha testamentaría por el Contador nombrado por la demandante, aquí recurrida, doña Clara S. C., el cuaderno particional formulado por el Contador dirimente, al que se refiere este recurso; el documento privado de fecha 1 de agosto de 1931, por el que don Luis S. F., en estado de casado con doña Aurelia C. G., compró una de las citadas casas, y el documento privado de fecha 22 de noviembre de 1934, por el que don Luis S. F., en estado de casado con doña Aurelia C. G., compró la otra de las dos aludidas casas. El expresado motivo ha de ser estimado, pues aunque la Sentencia recurrida, en su simplista y exiguamente motivada resolución de la cuestión debatida, no se detiene, como tampoco lo hizo la de primer grado, a considerar cuál pueda ser la naturaleza, privativa o ganancial, de las dos referidas casas, parece, sin embargo, atribuirles la primera de ellas, al declarar y basarse en ello para su pronunciamiento estimatorio de la demanda que don Luis S. F. podía en su testamento, conforme al artículo 1.056 del Código Civil, proceder «a la distribución de todos sus bienes», cuando de los dos ya citados documentos privados de compraventa, de fecha 1 de agosto de 1931 y 22 de noviembre de 1934, cuya autenticidad y certeza nadie

ha negado, y que no han sido tomados en consideración por la Sentencia recurrida, se desprende sin duda alguna que dichas dos casas eran de naturaleza ganancial, por haber sido adquiridas por don Luis S. F., por compraventa, constante su matrimonio con doña Aurelia C. G., cuya naturaleza, que en ningún momento ha sido cuestionada ni puesta en duda, por ninguna de las partes aquí litigantes, como lo prueban los cuadernos particionales formulados, en su momento, por los respectivos Contadores-partidores por ellos nombrados, la conservaban no sólo al tiempo del otorgamiento de su testamento por don Luis S. F., sino también en la fecha del fallecimiento de éste, al no haber sido practicada liquidación de la correspondiente sociedad de gananciales que existió entre los dos citados esposos, padres de los aquí litigantes.

Sexto.—El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habeti; nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte, y por lo que a la testamentaría en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo Cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1.056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace como exige expresamente el citado precepto cuando habla de «la partición de sus bienes», sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia, como ya tiene declarado esta Sala (Sentencias de 20 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974, 5 de junio de 1985, entre otras).

Séptimo.—La doctrina que acaba de exponerse en el fundamento anterior ha de llevarnos a la estimación del motivo tercero, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que los recurrentes denuncian «infracción, por no aplicación de los artículos 659 y 668 del Código Civil e inadecuada aplicación del artículo 1.056 del mismo texto legal», ya que dos de las tres casas que, en su testamento, adjudicó don Luis S. F. (concretamente las asignadas a sus hijas doña Clara y doña Inmaculada) no eran de su propiedad, pues como ya se ha dicho al estudiar y estimar el motivo cuarto, tales casas tenían carácter ganancial, no sólo cuando el señor S F. otorgó su referido testamento, sino también en la fecha de su fallecimiento, por lo que al no haberse llevado a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales no es posible conocer si tales casas habrían sido adjudicadas o no al mismo, como los recurrentes ponen de manifiesto también por medio del motivo segundo, con sede procesal en el mismo ordinal quinto, por el que denuncian «infracción, por no aplicación, de los artículos 1.344, 1.392 y 1.396, todos ellos del Código Civil», por lo que ha de entenderse, con estimación de los dos expresados motivos, carente de eficacia la partición hecha en el testamento de don Luis S. F., único que la Sentencia recurrida ha tomado en consideración, desconociendo que doña Aurelia C. B., también por testamento, había instituído herederos, por partes iguales, a sus diez hijos en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, después de excluir el tercio de libre disposición de su herencia, que legó en pleno dominio a su esposo.

Octavo.—El acogimiento de los motivos segundo, tercero y cuarto, con la siguiente estimación del presente recurso, obliga a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, acerca de lo cual, al no poder ser aceptado tampoco el fallo de la Sentencia de primer grado, por ser coincidente con el de la aquí recurrida, ha de decidir este Tribunal que apareciendo de una correcta interpretación de los testamentos otorgados por los esposos doña Aurelia C. G. y don Luis S. F., que la voluntad de ambos era la de que sus diez hijos dividieran entre ellos, por partes iguales, sus respectivos caudales hereditarios, como lo dicen expresamente en sus testamentos, una vez excluida la eficacia de la partición que el señor S. F. hizo respecto de unos bienes que no consta fueran de su propiedad, y apareciendo que la partición hecha por el Contador dirimente se ha ajustado estrictamente a la voluntad de ambos testadores, al dividir sus caudales hereditarios, por partes iguales, entre sus diez hijos, e incluso ha tenido en cuenta el deseo expresado por el señor S. F., en su testamento de que la Casa Grande fuera adjudicada a su hija doña Clara (los hijos doña Inmaculada y don Remigio han renunciado a las adjudicaciones que a ellos les hizo), si bien la expresada doña Clara habrá de abonar, como en la partición se dice, a algunos de sus hermanos y coherederos, en la proporción correspondiente, el exceso entre el valor de dicha casa y la cuota hereditaria que le corresponde, procede desestimar la demanda formulada por doña Clara S. C., por la que impugnaba la partición realizada por el Contador dirimente, don Manuel Barquín Mazón, en el juicio de testamentaría a que este recurso se refiere, cuya partición se aprueba y mantiene subsistente en todos sus términos, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias ni de las de este recurso, y debiendo devolverse a los recurrentes el depósito constituido.

Comentario,—La solución hubiera sido, con toda seguridad, muy diferente si el testador en vez de disponer de bienes gananciales mediante la simple partición hubiera dispuesto un legado o prelegado de cosa ganancial, que ha sido regulado en nuestro Código Civil a raíz de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuyo artículo 1.380 sigue fundamentalmente las ideas ya expuestas por CÁMARA ALVAREZ(«El legado de cosa ganancial», *A. D. C.*, 1952. V-2, páginas 467-551), que no inciden con las de la Ley 251 de la Compilación de Navarra; lo que no deja de ser una lástima, pues parece que las reformas deberían tender a disminuir las diferencias entre la legislación común y las forales, en vez de aumentarlas.

F. C. L.

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

COMUNIDAD ORDINARIA. EXTINCION POR TRANSFORMACION EN PROPIEDAD HORIZONTAL O DE CASAS POR PISOS. NO PUEDE IDENTIFICARSE, A EFECTOS DEL IMPUESTO, CON EL SUPUESTO DE UNA PRIMERA TRANSMISION DE EDIFICIOS, YA SE HAGA POR BLOQUES O SEPARADAMENTE POR VIVIENDAS (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1988).

Hechos.—Se parte de la existencia de una pluralidad de propietarios de determinado terreno edificable, que, a sus expensas, construye sobre él un edificio y procede a adjudicarse la propiedad exclusiva individualizada de las partes susceptibles de aprovechamiento independiente de que consta, más una cuota ideal indivisa sobre las partes comunes.

En el presente caso, el Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, estima correcta la liquidación practicada en base a la siguiente:

Doctrina.—La cuestión, subyacente al tratamiento fiscal que correspode al caso, que plantea la parte apelante es, sin duda, una de las que han sido objeto de más amplia discusión por la doctrina civil, donde son tan numerosas las oposiciones que mantienen el carácter «traslativo» de la división de la cosa común, como aquellas otras que mantienen su naturaleza meramente «declarativa», e, incluso, las de quienes niegan una y otra para afirmar sus efectos esencialmente «determinativos o especificativos de derechos», como, por ejemplo, se desprende de la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 31 de enero de 1967, cuando afirma que la *actio communi dividundo* consiste en «la facultad de obtener la división de la cosa común, y, consiguientemente, la transformación de su derecho por cuota de condominio en propiedad exclusiva sobre la parte de la cosa que la división habrá individualizado con carácter irrenunciable»; criterio que se reitera en la Sentencia de 19 de diciembre de 1970 —que cita la demandada— en cuanto sostiene que «el derecho limitado, por concurrir con otros, sobre la totalidad de la cosa, se *transforma* en derecho pleno y exclusivo sobre una parte de ella».

Desde luego, no es este el caso de la disolución de sociedades (u otros entes con personalidad jurídica propia), donde se opera una traslación de dominio de su titular u otro sujeto adquirente, ya que la comunidad de bienes dividida carecía de personalidad jurídica independiente de la de los socios; tampoco es el caso de la peculiar naturaleza del derecho de propiedad de casas por pisos (a que se refieren las Sentencias de 9 de julio de 1981 y de 18 de mayo de 1960, también citadas en la demanda) puesto que, precisamente, de lo que se trata en el caso de

autos es de la extinción de una copropiedad ordinaria para su transformación en aquella Supone el caso que se enjuicia una pluralidad de propietarios de determinado terreno edificable, que, a sus expensas, construyen sobre él un edificio y proceden a adjudicarse la propiedad exclusiva individualizada de las partes susceptibles de aprovechamiento independiente de que consta, más una cuota indivisa sobre las partes comunes. Ello, por su propia naturaleza, en ningún caso puede identificarse en el supuesto de «primera transmisión de edificios, ya se haga por bloques o separadamente por viviendas» a que se refiere el precepto en que pretende ampararse la exención, puesto que, en definitiva, como expresa la doctrina jurisprudencial antes citada, lo operado es una «transformación» del derecho que se ostentaba (cuota ideal indivisa sobre el total inmueble, convertida en derecho de propiedad independiente sobre una parte de él, más la atribución de un porcentaje de elementos comunes), o, si se quiere, una especificación o determinación del mismo.

Por todo ello el Tribunal Supremo desestima el recurso de apelación planteado, considerando correcta la liquidación practicada por la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid e improcedente, en consecuencia, la exención que se pretendía.

RECLAMACION ECONOMICO-ADMINISTRATIVA. NOTIFICACIONES. DADO QUE LA PUESTA DE MANIFIESTO Y ALEGACIONES DEL INTERESADO ES UN TRAMITE SUSTANCIAL DE LA RECLAMACION ECONOMICO-ADMINISTRATIVA, CUYA AUSENCIA VICIA LA NULIDAD DE LO ACTUADO, ES EVIDENTE QUE LA NOTIFICACION DE ELLO DEBE PRACTICARSE CON TODA LA RIGUROSIDAD QUE LA TRASCENDENCIA DEL TRAMITE Y LAS NORMAS REGLAMENTARIAS EXIGEN (SENTENCIA DE DE 18 DE JUNIO DE 1988).

Hechos.—Girada cierta liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones e interpuesto recurso ante el Tribunal Provincial es desestimado. Contra dicha resolución se interpone el contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Madrid, recurso que se estima, anulando todas las actuaciones practicadas hasta el momento de notificar al recurrente la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, poniéndole de manifiesto el expediente para que formula alegaciones, privando, por tanto, de eficacia a la realizada irregularmente.

Interpuesto contra dicha sentencia recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Según consta en el expediente de la reclamación económico-administrativa, el recurrente consignó en ella su domicilio en calle de Balmes, número 433, de ..., a efectos de notificaciones; y en él se intentó —por dos veces— mediante correo certificado con acuse de recibo, la notificación de la puesta de manifiesto del expediente para alegaciones, sin que pudiera ser habido en el mismo; circunstancia no acontecida al tiempo de notificar la resolución dictada sin su audiencia, que se practicó sin obstáculos en el mismo.

Desde el momento en que la puesta de manifiesto y alegaciones del interesado es un trámite sustancial de la reclamación económico-administrativa, cuya ausencia vicia de nulidad lo actuado, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 14 de marzo de 1984, 8 de mayo y 7 de noviembre de 1985 y

16 de diciembre de 1986, entre otras, es evidente que la notificación del mismo debe practicarse con toda la rigurosidad que la trascendencia del trámite y las normas reglamentarias exigen; lo que no puede entenderse suplido por dos intentos infructuosos por el servicio de Correos y una supuesta publicación en el «Boletín Oficial» de la provincia, cuando el Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas, vigente al tiempo de producirse los hechos, exigía la publicación de anuncios en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del último domicilio conocido, supuesto que se ignora el paradero del reclamante «por cualquier motivo». El hecho, reconocido por la Administración, de que tal publicación de anuncio no se produjo de la forma expresada en los artículos 89-4 y 92 del mencionado Reglamento, hace que haya de entenderse indebidamente practicada tal notificación, y, con arreglo a la doctrina jurisprudencial citada, nulo lo actuado a partir de ella en la reclamación económico-administrativa donde se produjo; lo que lleva a confirmar la sentencia apelada.

SOCIEDADES. AUMENTO DE CAPITAL. EXENCIONES. NO PROCEDE EXENCION DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS EN EL SUPUESTO DE AMPLIACION DE CAPITAL DE UNA SOCIEDAD ANONIMA QUE SE POSTULA AL AMPARO DEL ARTICULO 14-2 DEL REAL DECRETO DE 14 DE MARZO DE 1977 (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1988).

Hechos.—La cuestión se centra en determinar si la ampliación de capital de una sociedad anónima es identificable con los conceptos «fusión» o «transformación» a que se refiere el mencionado artículo 14-2 del Real Decreto de 14 de marzo de 1977.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado excelentísimo señor don Emilio Pujalte Clariana, estima que no, en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero.—Se cuestiona en el presente recurso la posible exención por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de la ampliación de capital, por importe de 20.000.000 de pesetas, llevada a cabo por la sociedad anónima denominada «...», y que se postula al amparo del artículo 14-2 del Real Decreto de 14 de marzo de 1977.

El artículo 41 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 estableció que «Se autoriza al gobierno para que regule por medio de Decreto el régimen de las Entidades de Financiación, adaptándolo a las necesidades del sector en las actuales circunstancias, así como ... para revisar todas las exenciones, reducciones, bonificaciones, desgravaciones tributarias y, por último, para implantar nuevas disposiciones que mejoren el control del gasto y la eficacia de la Seguridad Social.» En cumplimiento y desarrollo del Real Decreto-Ley, y, por tanto, con fuerza habilitante suficiente para ello, el Real Decreto de 28 de marzo de 1977 dispuso, en su artículo 14-2, que «Las fusiones o transformaciones sociales, siempre que se realicen con la finalidad de adaptarse a las prescripciones que señala este Real Decreto, estarán exentas por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.» La cuestión se centra, por tanto, en determinar si la ampliación de capital de una sociedad anónima es identificable con los conceptos de «fusión» o «transformación» a que se refiere el mencionado artículo 14-2.

Segundo.—Consta en la escritura que autorizó el notario de Madrid don . el 14 de marzo de 1980, sobre protocolización de acuerdos de la Junta general extraordinaria y universal de accionistas, celebrada el 22 de febrero de 1980, que en ella, «a los fines de dar cumplimiento al Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo, y disposiciones concordantes», se procedió a modificar los artículos 2.° y 5.° de los Estatutos sociales, el primero de los cuales se refiere al objeto de la sociedad y el segundo a su capital.

En cuanto al artículo 2.° de los Estatutos, se operó una auténtica transformación de la sociedad, toda vez que quedó sustancialmente modificado su «objeto social», que se adoptó a las actividades u operaciones a que se refiere el artículo 1.° del Real Decreto de 1977. Y en este sentido, hay que entender que no se practicó liquidación alguna por el concepto de «modificación» o «transformación» de la sociedad, que hubiera girado sobre la base total de su capital social, con lo que obviamente se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14-2 y tal transformación fue considerada exenta.

Más, al propio tiempo, el artículo 5.° de los Estatutos sociales supuso, en su nueva redacción, un aumento de capital (que no transformación de sociedad) por importe de 20.000.000 de pesetas; aumento que fue liquidado por la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid. Tal aumento de capital no supuso ni una «fusión» (por razones obvias), ni una «transformación», ya que para nada implicó un cambio de la forma, naturaleza, estructura y características de la sociedad. Significó, solamente, un aumento patrimonial de la misma. Y dicho aumento, en la forma que se produjo, no está taxativamente exigido por el Real Decreto 896/1977, ya que éste, en su artículo 2.°, únicamente exige unos mínimos de capital de la empresa en función del ámbito de su actuación (cien, cincuenta o quince millones de pesetas según sea nacional, regional o provincial, respectivamente), de manera que, sin aumentar su capital, .., S. A. podía continuar ejerciendo plenamente sus actividades en el ámbito provincial, excepción hecha de Madrid y Barcelona. De ahí que el aumento de capital en 20.000.000 de pesetas (hasta alcanzar la cifra de 50.000.000) ni era una exigencia, legal o reglamentaria, para que continuase ejerciendo sus actividades, en uno u otro ámbito, ni puede identificarse con los conceptos de «fusión» o «transformación» de sociedades a que se refiere el artículo 14-2 del Real Decreto, por lo que aplicar la exención en el mismo contenida al caso que se debate, indudablemente, supone extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de la exención, supuesto prohibido por el artículo 24 de la Ley General Tributaria

C. M. A.

4. DERECHO PROCESAL

POR RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ

INCONGRUENCIA (EXISTE). ALCANCE DEL PRINCIPIO DE ROGACION (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1989).

Son puntos de partida, que es preciso tener en cuenta, por hallarse debidamente acreditados en virtud de la prueba practicada y apreciada en su conjunto, como señala la sentencia impugnada, los siguientes: *a)* Que según la escritura de obra nueva y formación de propiedad horizontal otorgada por el actor-recurrido el 16 de diciembre de 1977, en Piedrahita, los locales números 7 y 8 de los planos correspondientes al bloque primero, fachada oeste del edificio, tienen, entre otros, linderos, el primero, por el frente, con «calle de su situación», y el segundo, también por el frente con «...finca de su situación»; *b)* Que en los Estatutos contenidos en dicha escritura se establece, entre otras cosas, que «la parte de solar no ocupada por los edificios ni comprendidos en lo puntos anteriores, quedará destinado a calles particulares que facilitarán el acceso a los tres bloques y que ocuparán unos 634 metros cuadrados aproximadamente, y que el constructor deberá dejar acondicionadas con sus correspondientes aceras, y el resto quedará destinado a zona de uso privado de los copropietarios de los tres bloques, que podrán destinarlo a zona de estancia y juego de niños, jardín o cualquier otro uso similar»; *c)* Que el demandado-recurrido es propietario de los dos locales o naves señalados en el apartado *a); d)* Que la Comunidad de Propietarios recurrente ha ajardinado parte del espacio que se señala en el apartado *b); e)* Que, asimismo, es ese espacio ajardinado, ha construido una valla que según el actor-recurrido impide el acceso a sus referidos locales de coches y camiones; *f)* Que como consecuencia de ello, se ejercitó por el mismo una acción en virtud de la cual y después de exponer los hechos que estimó necesarios, interesaba en el suplico de su demanda que estimando la misma «se declare que los locales o fincas números 7 y 8 de la propiedad de don Antonio M. H., descritos en el apartado primero de la relación de hechos de esta demanda, tienen derecho al acceso rodado por la calle particular de la urbanización, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración así como a que destruya la valla construida que impide el acceso en la forma señalada, y destruya también cualquier otro obstáculo que para ello existiese, dejándolo en igual ser y estado, en la parte que corresponda al acceso»; *g)* En 19 de noviembre de 1985 se practicó diligencia de inspección ocular en la que, entre otros extremos, se hace constar que: «En el viento oeste se observan dos portones, no a nivel de tierra, en los que figuran sendas señales de prohibido aparcar» y «Que efectivamente, frente a los locales números 7 y 8 del bloque primero no existe calle sino zona ajardinada

que tiene forma triangular», y *h)* La sentencia del juzgador desestimó la demanda, siendo impugnada por el actor, quien obtuvo del Tribunal *a quo* sentencia favorable, en cuyo fallo se declara que los citados locales «tienen derecho al acceso rodado por la calle particular de la urbanización, condenando a la Comunidad de Propietarios demandada a estar y pasar por tal declaración y que destruya la valla que impide el acceso en la forma señalada, destruyendo cualquier otro obstáculo que para ello existiese, dejándolo todo en igual ser y estado que con anterioridad a la realización de las obras, en la parte que corresponda a dicho acceso».

Contra referida sentencia se interpone este recurso, integrado por ocho motivaciones, de las cuales las dos primeras se asientan sobre el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos; la tercera, tiene como soporte el número 4.º de referido precepto, y las restantes se ubican en el número 5. De ellas, en las dos primeras lo denunciado por la Comunidad de Propietarios recurrente es la incongruencia de la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* y, consiguientemente, la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender, en la primera de ellas, que «La sentencia se aparta de la demanda, en tanto ésta se configura sobre la base del hipotético derecho que tiene el actor a acceder con vehículo a los locales de su propiedad; mientras el fallo atiende a un supuesto distinto, a saber, que la Comunidad de Propietarios no puede, por no concurrir los requisitos necesarios, acordar poner un obstáculo —una valla— que impida el acceso rodado». A su vez, el segundo motivo, con el mismo sustento procesal apoya la incongruencia en la existencia de contradicciones en la sentencia impugnada, «al suscitar dificultades insalvables, y que declara que los locales señalados con los números 7 y 8, propiedad del actor, tienen derecho al acceso rodado por la calle particular de la urbanización, cuando tal calle no existe».

Por lo que a la motivación primera se refiere procede su estimación, por las siguientes consideraciones: I) Como ha quedado indicado en el apartado *f)* del primero de los fundamentos, aun cuando en la demanda se haya aludido a uno de sus fundamentos de derecho, a la nulidad de la Junta de propietarios en que se adoptó el acuerdo de cerrar el paso rodado hasta los locales propiedad del demandante, es lo cierto que ello no se interesó en el momento procesal oportuno, esto es, en la súplica de dicho escrito, por lo cual, tal declaración en la sentencia impugnada es improcedente, no sólo porque al constituir un principio del ordenamiento objetivo civil el de que la jurisdicción de esta naturaleza es rogada, lo que impide extender sus pronunciamientos a extremos no solicitados, como aquí acontece, sino también, porque dado el *iter* de este proceso, tal pronunciamiento puede producir indefensión en la contraparte al no haberse llevado a efecto las contrapruebas y excepciones pertinentes habida cuenta el *petitum* de la actora, y II) Y acreditando lo indicado, está que la sentencia dictada en primera instancia y revocada por la aquí impugnada, en su séptimo considerando desestimó este aspecto precisamente por no haber sido objeto del adecuado tratamiento procesal por parte de la actora, en el momento en que debió serlo.

En cuanto al motivo segundo en el que la incongruencia se proyecta por la recurrente sobre la en su opinión contradicción que se ha dejado señalada en el segundo de estos fundamentos, es de igual estimación que la precedente, por cuanto que la sentencia impugnada parte de unos presupuestos de hecho o distintos de los existentes o no claramente acreditados (la calle particular en cuestión; la existencia de la zona ajardinada) lo que lleva a la conclusión de una necesaria revisión de los mismos a la par que una adecuada acomodación de la sentencia a lo que efectivamente acrediten dichos supuestos fácticos en relación

con el *petitum* del escrito de demada y el contenido de la escritura de obra nueva y de formación de propiedad horizontal otorgada el 16 de diciembre de 1977.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. REMISION DE MERCANCIAS «A PORTES PAGADOS» (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1989).

Entablada la presente cuestión de competencia por inhibitoria entre el Juzgado de Distrito de Lucena y el de igual clase número 4 de Murcia, al requerir el primero de inhibición al segundo y sostener éste su competencia para conocer de los autos de juicio de cognición ante él entablado por la mercantil «Tecny Stand, S. A.», reclamando a don Antonio O. M., domiciliado en Lucena (Córdoba), la cantidad de 244.461 pesetas, importe de las mercaderías que le había servido, la realidad es que, como pone de relieve el Fiscal de esta Sala en su dictamen, estamos en presencia de un contrato de compraventa mercantil en el que no medió sumisión válida de las partes por el supuesto de litigio a favor de los Juzgado y Tribunales de Murcia, domicilio del vendedor, y que, por el contrario, los únicos datos para decidir sobre la competencia son las que suministra la documentación aportada con la demanda, en concreto las notas de pedido de las mercancías y talones-resguardos expedidos por RENFE, porteadora de las mismas desde la ciudad de Murcia a la de Lucena, y de ello resulta que la principal de las partidas de mercaderías importante la suma de 130.592 pesetas fue remitida a «porte pagado», sin ninguna condicionalidad, razón por la que al representar dicha partida una mayor entidad económica en relación a la total cantidad reclamada y pese a que el resto de las mercancías fueran enviadas a portes debidos, ha de entenderse que conforme a reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala contenida, por citar algunas de las más recientes, en sus Sentencias de 24 de enero, 24 de febrero y 30 de mayo de 1987 y 20 de mayo y 28 de octubre de 1988, la competencia para conocer de la cuestión corresponde al Juzgado de Distrito de Lucena, al significar, según la meritada jurisprudencia, la venta de mercancías a portes pagados que aquellas fueron entregadas al comprador en su propio domicilio, lo que por remisión del artículo 50 del Código de Comercio determina la aplicación del párrafo 2.° del artículo 1.500 del Código Civil, en cuanto establece que si no se hubiera fijado el lugar del pago del precio éste deberá hacerse en el que se haga entrega de la cosa vendida y que, en los supuestos de acciones acumuladas en que se reclama el precio de varias partidas de mercaderías remesadas unas a portes pagados y otras a portes debidos hay que atender para determinar la competencia a la de aquélla o aquéllas que supongan mayor entidad económica, como también ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 13 de enero y 21 de octubre de 1981).

R. DE A.

EJECUCION DE SENTENCIA: CONFORMIDAD CON LO EJECUTORIADO (SENTENCIA DE 24 MAYO DE 1989)

El presente recurso viene dirigido a impugnar el auto dictado por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada el 5 de octubre de 1987, en trámite de ejecución de sentencia pronunciada en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Almería el 24 de febrero de 1976, manteniéndose después de haber sido interpuesto contra ella recurso de apelación y de casación, tratándose en consecuencia de una especial modalidad de casación, que apareciendo integrada con anterioridad a la reforma introducida en el entonces artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la Ley número 34/1984, de 6 de agosto, fue incorporada por ésta en el número 2.° del actual artículo 1.687 de aquel ordenamiento procesal civil, y cuya integración vino determinada con la idea y finalidad de agrupar las distintas variedades del extraordinario recurso de casación bajo un único concepto, cual señala el epígrafe del título XXI del libro segundo de la citada Ley Rituaria Civil, pero sin romper, en modo alguno, con las específicas y singulares características referentes al ejercicio de recurso de casación en los procedimientos para ejecución de sentencias recaídas en los juicios a que se refire el número 1.° de dicho artículo 1.697, que siguiendo, básicamente, las mismas que señala el derogado artículo 1.695, y que son, en definitiva, exclusivamente aspectos referentes a la resolución en el auto recurrido de puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia de cuya ejecución se trate o contradicción con lo ejecutoriado.

Sobre las bases consideradas en el precedente fundamento de derecho, obviamente resulta que en la mencionada modalidad de casación contra autos dictados en fase de ejecución de sentencia no entran en juego todos los motivos que señala el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que vienen genéricamente establecidos para el recurso de casación, sino tan sólo los que afectan al singular y específico recurso de casación que contempla el número 2.° del artículo 1.687 de la referida Ley procesal, es decir, a los aspectos de resolución sobre puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, por lo que al construirse el recurso de casación en cuestión sobre la base de amparo en el número 4.° del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —motivo primero—, referente a error en la apreciación de la prueba con base en documentos obrantes en autos de los que el recurrente pretende demostrar equivocación en el juzgador de instancia, sin contradicción por otros elementos probatorios, y en el número 5.° del mismo artículo 1.692 —motivos segundo y tercero— afectante a pretendidas infracciones de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencial que el aludido recurrente expresa, hace decaer el recurso de casación interpuesto, al amparo de tales motivos, puesto que el cauce motivador de la casación por causa de auto dictada en fase de ejecución de sentencia, bien sea por entender el recurrente resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, ya por no haber sido decidido en la sentencia de cuya ejecución se trata, ora decidiendo en contra de lo ejecutoriado, únicamente puede ser por el cauce del número 1.° del precitado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto puesto en relación con el párrafo segundo del artículo 944 de la misma Ley procesal, supondría decidir con exceso en el ejercicio de la jurisdicción, por rebasar el poder jurisdiccional conferido en la invocada fase procesal de ejecución de

sentencia, no posible al conducir a una discordancia entre la sentencia recaída en el proceso de conocimiento y los términos en que haya de cumplirse; o como en la vía del número 3.° del tan citado artículo 1.692 de la Ley de Trámite Civil al incidirse, de darse cualquiera de los supuestos enunciados al referido número 2.° del artículo 1.687 de la repetida Ley de Trámites Civiles, en un esencial quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales productora de indefensión, puesto que la ejecución de toda sentencia no puede ser desvirtuada ni desfasar los términos en que aquélla ha sido pronunciada, y que de serlo revelaría una evidente incongruencia *post* decisión judicial.

Aparte de lo precedentemente expuesto, y *ad maiorem abundantia* contribuye al rechazo del recurso la circunstancia de que el auto impugnado no ofrece ninguna de las infracciones concreta y claramente establecidas en el número 2.° del tan evocado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que al establecer dicho auto que se requiera a los señores herederos de doña Soledad F. G. y a fin de que, en el término de quince días, otorguen escritura pública de venta a favor de don Manuel E. R. y don Antonio R. V., o de la persona que éstos designen, de las fincas que en la parte dispositiva del precitado auto se expresa, que es el particular a que se contrae la incidencia planteada de la ejecución de la mencionada sentencia, en manera alguna se resuelven puntos no controvertidos en el pleito de que dimana, ni no decididos en ella, como tampoco se contradice lo ejecutoriado, sino que, por el contrario, se acomoda adecuadamente a lo en tal sentido acordado, pues que si, como tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 12 de mayo y 23 de noviembre de 1964 y 11 de julio de 1983, los considerandos o fundamentos de Derecho de las sentencias forman un todo con la parte dispositiva de ellas, en el sentido de que contribuyen a esclarecer y vivificar los pronunciamientos que integran el fallo, claro es que al declarar en éste la sentencia de cuya ejecución se trata que una vez que haya sido pagado por don Manuel E. R. y don Antonio R. V. a doña Soledad F. G., hoy sus herederos, la cantidad de 2.800.000 pesetas y los intereses legales de dicha cantidad a partir del 20 de diciembre de1973, debe dicha doña Soledad F. G., hoy sus herederos, «otorgar la correspondiente escritura pública de venta de las tres fincas objeto de este litigio a los compradores señores E. R. y R. V. o a la persona que éstos designen», unido a que ese fallo se fundamenta en los considernados primero y segundo de la sentencia de primera instancia, reproducido en la de apelación en que fue confirmado y no alterado en casación, al haber sido desestimado el recurso de tal naturaleza ejercitado, reconociendo que las fincas objeto de controversia fueron vendidas por la referida doña Soledad F. G. a don Manuel E. R. y don Antonio R. V. no a razón de un precio por unidad de medida o número, como pretende —el comprador ahora recurrente—, sino por precio alzado, con base en los linderos que en el correspondiente documento privado de venta determinante de que la vendedora les hiciese entrega de las fincas vendidas, con toda la extensión superficial comprendida dentro de sus respectivos linderos el mismo día del otorgamiento del referido documento privado, que es precisamente a lo que se ha adaptado el auto queda origen al presente recurso, con lo que guarda riguroso acatamiento en sus pronunciamientos a lo establecido al respecto en la sentencia afectada por la ejecución en cuestión y, por tanto, no incide en exceso de jurisdicción ni de quebrantamiento de forma esencial del juicio por infracción de normas reguladoras de la sentencia o rectora de actos o garantías procesales productoras de indefensión, que den origen a resolución sobre puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la

sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, a que se refiere el número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: MAQUINACION FRAUDULENTA PARA GANAR SENTENCIA (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1989).

Se fundamenta el recurso de casación de que se trata por doña María B. M., con apoyo en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia cuya revisión se solicita, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla de 28 de mayo de 1987, en el recurso de apelación número 863/1986, que confirmó en su integridad la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Algeciras en 22 de mayo de 1986, en procedimiento incidental planteado entre dicha recurrente y don Enrique P. I., sobre disolución de sociedad legal de gananciales, ha sido ganada injustamente, en virtud de maquinación fraudulenta, en la particular que declaró no ser gananciales 55 acciones del «Garaje Hispano, S. A.», de Algeciras, y cuya fraudulencia basa la mencionada doña María B. M. en el contenido del documento privado suscrito en Algeciras en 27 de mayo de 1940 y escrito mecanografiado en papel timbrado del Procurador señor Millán, redactado en Algeciras el día 27 de febrero de 1975.

Atendidos los referidos aspectos y pretensiones fundamentadoras del referido recurso de revisión, procede declararlo improcedente, porque los relacionados documentos y escrito en manera alguna evidencian la consideración ganancial de las acciones en cuestión, ni por tanto la maquinación fraudulenta que sobre tal particular se aduce, ya que, en cuanto al referido documento de 27 de mayo de 1940, lo único que pone de relieve es la manifestación de don Antonio P. A., padre de don Enrique P. I., de reconocer como su hijo natural a don Antonio P. S., y el ofrecimiento de éste, como consecuencia de tal manifestación de reconocimiento de filiación, de mantenerlo en secreto en lo posible, y cumplir, llegado el momento, la oferta de renunciar a sus derechos sucesorios, con el propósito de que los herederos legítimos no tengan pretexto para lamentaciones y censuras, y en lo referente al escrito mecanografiado en papel timbrado del procurador señor Millán, redactado en Algeciras el día 27 de febrero de 1975, debido a que, aparte de no venir suscrito por los que en él se da como intervinientes, ni consiguientemente el precitado don Enrique P. I., al que se pretende afectar, con lo que por tanto ninguna eficacia jurídica cabe darle, es de tener en cuenta que en tal escrito mecanografiado lo único que se consigna es la asunción por parte de aquél, por motivos de cariño y acuerdos existentes, de tomar para sí todos los gastos, al objeto de ser sufragados de su propio peculio, por la diferencia entre las cantidades que su madre doña Florencia I. G. se dice percibía por distintos conceptos con carácter fijo y lo que realmente necesite para gastos de alimentación, habitación, asistencia médico-farmacéutica, vestido y en general cuantos sean necesarios para su supervivencia, mientras viva, con vinculación de esa alegación a la esposa del aludido don Enrique P. I. y sus hijos, en caso de premoriencia, así como la asunción de los gastos de internamiento, médico-farmacéutica, o de cualquier clase, tal como ya venía haciendo, de su hermana

doña María del Amparo P. I., que se indica afectada de enfermedad mental, lo que unido a que en los expresados documento privado y escrito nada se exprese de la existencia de una situación de hecho y jurídica que revele un negocio jurídico transmisivo de las acciones en cuestión en favor del tan citado don Enrique P. I., que les provea de carácter ganancial adscrito al matrimonio que tenía con doña María B. M., carecen de eficacia para desvirtuar el pronunciamiento que contiene la sentencia cuya revisión se solicita de no consideración ganancial de las invocadas acciones, y más si se considera que, siendo la revisión de una sentencia un remedio procesal de carácter excepcional, en manera alguna puede acogerse, cual en esencia pretende la recurrente, en meras presunciones, sino con base en documentos decisivos que se contradigan categóricamente lo contenido en el pleito y en la sentencia, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 29 de mayo y 7 de junio de 1886 y 9 de julio de 1961, y concretamente han de aptos por sí mismos para provocar un pronunciamiento distinto del propuesto, como prevenía la Sentencia de 14 de noviembre de 1960, sin presentar ese carácter decisivo un simple papel mecanografiado no autorizado por los que en él figuran, como proclama la Sentencia de 6 de mayo de 1983.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION· MAQUINACIONES FRAUDULENTAS PARA GANAR SENTENCIA (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1989).

Son hechos de los que ha de partirse para resolver el presente recurso extraordinario de revisión: *a)* El proceso de ejecución sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, seguido ante el Juzgado número 2 de Primera Instancia de Madrid, se subastó el inmueble de la calle Ramírez de Arellano, número 61, piso primero, letra C, de Madrid, hipotecado en garantía de cuatro obligaciones de 1.500.000 pesetas cada una más intereses y costas *b)* Tras la quiebra de la subasta celebrada en 7 de febrero de 1984, se adjudicó la finca en segunda subasta el 12 de septiembre de 1984, y por la cantidad de 3.800.000 pesetas a don Ernesto G. L., que consignó el precio y se practicó la tasación de costas el día 12 de enero de 1985. *c)* La misma finca y por hipoteca anterior se realizó en autos 297/83-A, celebrándose la subasta el 14 de diciembre de 1984, siendo la rematante la esposa del referido señor G. L. a través de la intervención en la subasta del señor L. A. *d)* Los demandantes de revisión afirman que no se le ha dado el importe de la subasta por ellos instada y que se anuló por decisión judicial de 2 de febrero de 1987, y *e)* El Juzgado de Instrucción número 24 de Madrid ha procesado a los esposos por delito de maquinaciones fraudulentas para alterar el precio de las cosas.

De los anteriores hechos obtienen los demandantes de la revisión la conclusión de que al no haber pedido los procesados que se dictase el auto de adjudicación del piso a favor del rematante de la subasta en ejecución de la segunda hipoteca, y haberse anulado el remate y devuelto el dinero al rematante se le ha causado un perjuicio a consecuencia de la maquinación fraudulenta que es determinante de que prospere la presente demanda de revisión.

Del análisis de todas las actuaciones no aparece prueba alguna que demuestre la anulación de la subasta que promovieron los hoy demandantes de revisión.

Tampoco aparece que se haya acordado la devolución del precio del remate al rematante ni que se haya cumplido tal acuerdo. No parece verosímil que se haya anulado una ejecución hipotecaria anterior porque es principio hipotecario la subsistencia de las cargas anteriores que graven la cosa hipotecada y ejecutada. Por la misma razón es lógico no admitir como hecho cierto que el rematante haya recuperado el precio de su remate en virtud de decisión judicial. En cualquier caso sus posibles perjuicios no provendrían de maquinación fraudulenta sino de actuaciones procesales no recurridas y que al ser tomadas en juicio sumario hipotecario son susceptibles de cognición judicial por la vía de juicio declarativo, según dispone el artículo 132 párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, quedan fuera del ámbito del juicio extraordinario de revisión (art. 1.797 LEC). Por todo ello, y de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal procede desestimar la demanda de revisión.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTA (OCULTACION DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO: NO EXISTE) (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1989).

Promovido por don Miguel M. G. demanda de recurso extraordinario de revisión contra la sentencia recaída en la litis de que dimanan las presentes actuaciones con fecha 28 de noviembre de 1985, en autos de juicio de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona a instancia de la Entidad «3 M España, S. A.» contra el hoy recurrente señor M. G., sobre reclamación de cantidad, recurso de revisión éste fundado en el número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se alega haberse ganado injustamente la sentencia en virtud de maquinación fraudulenta que, en el caso que nos ocupa, se pretende basar en la circunstancia de haberse ocultado por el actor en la primera instancia el domicilio del demandado, aduciendo un domicilio en el que no se encontraba el aludido recurrente y logrado con ello, ante la imposibilidad de un emplazamiento personal en aquel domicilio, que se acordase el emplazamiento por edictos, con lo que, según se dice, se impidió su comparecencia en el Juzgado y se forzó su indefensión, alegación ésta que debe ser desestimada, a la vista de lo alegado y probado en esta vía de revisión, pues si bien es cierto que una reiterada doctrina de esta Sala reputa maquinación fraudulenta la ocultación maliciosa del domicilio del demandado que da lugar a su emplazamiento por edictos, ello lo es cuando, no sólo se acredita intención torticera de quien lo ocultó, encaminada a impedir la comparecencia en tiempo y forma del demandado con la finalidad de provocar una verdadera indefensión del mismo, sino también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado, y también lo es que el presente supuesto, ni consta acreditada tal torticera intención, toda vez que el entonces actor designó como domicilio del demandado uno que aun pudiendo pertenecer a la sociedad, permitió su eficaz emplazamiento para el acto de conciliación que antecedió al juicio de menor cuantía, ni tampoco, por supuesto, puede entenderse que quepa alegar indefensión en un proceso quien, como el demandado, tiene noticia puntual de las intenciones del actor, por haber concu-

rrido a un acto de conciliación en el que, por otra parte, rechazó la demanda que se le iba a presentar, oponiéndose al abono de la cantidad que se le solicitaba.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. CLAUSULA DE SOMETIMIENTO A FUERO INCLUIDA EN HOJA DE PEDIDO (NO VINCULA). RECIBO REMITIDO AL DOMICILIO DE LA COMPRADORA (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1989).

La presente cuestión de competencia se plantea entre el domicilio de la demandada, compradora de mercancías y el domicilio de la empresa actora, como vendedora.

Para el pago se emitió una factura que fijaba, como domicilio, el de la demandada.

Sin embargo, en la hoja de pedido, impreso confeccionado por la actora, que tiene el tamaño de dos folios, con numerosos datos a rellenar, figura, en la parte inferior izquierda, fuera del encuadre, la siguiente frase, también impresa: «En caso de litigio ambas partes se someten a los Tribunales de Alcoy». Esta hoja de pedido está firmada, en un recuadro, en la parte inferior, en el extremo derecho del impreso.

Por exigencia del artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia ha venido, de modo constante (p. e. Sentencias de esta Sala de fecha 17 de octubre de 1986 y 24 de marzo de 1987), declarando que la renuncia al fuero propio ha de ser clara y terminante, requisito no cumplido en este caso por las siguientes razones: *a)* La cláusula de sumisión, en la hoja de pedido, con numerosos datos en el encuadre, aparece, entre otras frases, fuera de éste, sin especial relieve y alejada del lugar destinado a la firma. *b)* El recibo, lógicamente de fecha posterior al pedido, está dirigido al domicilio de la demandada, y *c)* Ninguna confusión que ambos elementos originen, en aplicación del artículo 1.288 del Código Civil, puede beneficiar a quien la creó.

Por tanto, la falta de otros datos, se impone la atribución de la competencia al domicilio de la demandada, según la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA (NO PROCEDE). EXISTENCIA DE UN NEGOCIO GANANCIAL (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1989).

Con la solicitud del beneficio de justicia gratuita, se acompañan como documentos: Certificación del Ayuntamiento de Albacete, Sección de Rentas, acreditativo de que dicha solicitante no figura como contribuyente en el Padrón del ejercicio de 1989; en el Impuesto Municipal sobre circulación de vehículos, ni en

el Impuesto, también municipal, sobre solares. También se presenta Certificación de la delegación de Hacienda, de Albacete, haciendo constar que referida señora es titular de una licencia fiscal de venta de gasolina y lubricantes correspondiente a un establecimiento sito en el término municipal de Ayna (Albacete), no constando que haya presentado declaración por el Impuesto de la Renta de Personas Físicas correspondiente al año 1987 ni anteriores. El recurso en que dichos beneficios se interesan va dirigido a obtener la nulidad de un laudo de arbitraje de equidad.

La existencia de una sociedad civil irregular entre la demandante y su esposo para la explotación de una estación de servicio, constituye de por sí suficiente obstáculo a la concesión del beneficio interesado, puesto que las certificaciones negativas a que se ha hecho referencia en el precedente fundamento, habida cuenta la existencia de referida sociedad, no impiden que los correspondientes impuestos por los extremos a que las certificaciones se refieren vengan siendo satisfechos por su esposo, lo mismo que acontece con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: OCULTACION FRAUDULENTA DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1989).

Como datos fácticos alegados por el recurrente en revisión, no desvirtuado en lo actuado, no habiendo comparecido la entidad demandada «Agustín Sandoval, S. A.», y acreditados mediante prueba documental, pueden considerarse los siguientes: *a)* La citada entidad demandó en juicio de cognición número 154/86 en el Juzgado de Distrito número 1 de Tarragona al actual recurrente don Eduardo F. y a su esposa, cuyo juicio se celebró, previo emplazamiento por edictos publicados en el «Boletín Oficial de la Provincia de Tarragona», con la sola asistencia de la parte actora, ya que el señor F. fue declarado en rebeldía. *b)* Dicho emplazamiento se hizo ante la infructuosa citación del demandado señor F. en un local de negocio sito en Carretera Costa, número 110, Vinaroz (Castellón de la Plana), cuando era lo cierto que el domicilio del matrimonio demandado radicaba, según consta en el Registro de la Propiedad, con referencia a escritura púbica de 23 de abril de 1980, en partida Amerador, sin número. *c)* La entidad demandante de cognición conocía dicha partida, así como la existencia allí de una vivienda, por haber sido embargado a su instancia el inmueble en fecha de 4 de noviembre de 1986, en cuya diligencia se hizo constar que había fallecido la esposa del demandado de cognición, y, no obstante, la misma fue demandada y emplazada en 24 de febrero de 1987; sin hacer indagación alguna acerca de sus herederos, sino que en la cédula de emplazamiento se hace constar que se encuentra en ignorado paradero *d)* En el fallo de 4 de abril de 1987 se condena al matrimonio F. como en ignorado paradero y en situación de rebeldía, habiendo tenido conocimiento del citado juicio de cognición y de la sentencia recaída en él, según manifiesta sin contradicción alguna, el día 15 de noviembre de 1987 al visitarle el adjudicatario en subasta del citado inmueble en el domicilio del actual recurrente, partida de Amerador, sin número, comunicándole que debía darle las llaves de la vivienda o, en su caso, las reclamaría por conducto judicial.

La relación de hechos que derivan de lo actuado pone de manifiesto sin duda alguna una conducta de la entidad demandada en este recurso de revisión notoriamente falaz y encubridora de la situación real del demandante señor F., emplazado en lugar donde ya no regentaba el comercio que poseyó antes, y poseyendo como residencia otro inmueble que fue, no obstante, embargado sin comunicación alguna al presunto deudor ni prueba de haber sido visitado por perito alguno con objeto de hacer del mismo, con vistas a la subasta judicial, una tasación objetiva, y cuyo valor acreditado era unas seis veces superior al tipo de subasta celebrada. Y siguiéndose un procedimiento con el declarado rebelde y su esposa ya fallecida, aunque en autos había noticia de tal fallecimiento, que el demandante de cognición no se cuidó de constatar. Todo ello revela lo que el artículo 1.796, número 4.°, de la Ley de Enjuiciamiento Civil califica de ganar sentencia firme injustamente por medio de la maquinación fraudulenta que queda descrita. En primer lugar se infringe el artículo 24.1 de la Constitución, que, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Es indudable que el demandado actual recurrente en el juicio de cognición a que se ha aludido quedó totalmente indefenso. Ya anteriormente este Tribunal Supremo había declarado que cualquier maniobra encaminada a dificultar e impedir llegue a conocimiento del demandado el planteamiento del juicio, encaja dentro del concepto de maquinación fraudulenta, en el orden procesal, con quebranto del derecho en defensa que asista a toda parte, comprendida, por tanto, en el número 4.° del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias, entre otras, de 21 de septiembre de 1957, 14 de diciembre de 1960, 19 de diciembre de 1961 y 19 de octubre de 1962), y resultando demostrado el propósito de ocultación maliciosa del domicilio del demandado recurrente para procurar su indefensión y consiguiente facilidad para vencerle en el pleito, se impone rescindir totalmente el fallo obtenido mediante maquinación fraudulenta. Doctrina ampliamente ratificada por sentencias más modernas, así las de 27 de enero y 25 de septiembre de 1986, 3 de marzo, 11 de mayo y 19 de diciembre de 1987. Se impidió al demandante enterarse del emplazamiento para el juicio, con base en la alegación inexacta de desconocer su domicilio y paradero, e interesando su citación por edictos, a fin de que el juicio se sustanciase en su rebeldía, sin que pudiese comparecer a defender sus posibles derechos

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA. CLAUSULA DE SUMISION ESTAMPADA EN LA LETRA CON POSTERIORIDAD A SU EMISION (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1989).

La letra de cambio, base del procedimiento ejecutivo cuya competencia se discute, tiene su origen en un contrato de compraventa, con precio aplazado, celebrado entre el librador-vendedor «Rustimotor, S. L.», con domicilio en Linares (Jaén), y el aceptante-comprador don José O. C., con domicilio en Alhama de Granada (Granada), y referido a la adquisición de una máquina cosechadora de

cereales en el año 1983, habiéndose formalizado tal contrato a través de la sucursal que la empresa vendedora tiene establecida en Granada, lugar donde se expidieron las letras de cambio representativas del precio aplazado, cuyo pago se domicilió en la Caja de Ahorros, oficina de Alhama de Granada.

Existen dos tipos de razonamientos para entender que la cláusula de sumisión expresa que aparece estampada en la cambial de autos, ha sido puesta con posterioridad a su expedición: A) El primero es de orden puramente material; a simple vista se puede apreciar que el estampillado que aparece puesto en el lugar del «acepto» de la letra, se ha efectuado con dos tampones diferentes, dado el tipo distinto de letras y su desigual encuadre; una impresión corresponde a la frase «cantidad, vencimiento y domicilio» y la otra a la expresión «Solidariamente con sumisión a los Juzgados de Madrid, con renuncia al Fuero Propio». Consta en autos que cuando, en fecha 11 de julio de 1983, se adquirió la cosechadora, el comprador aceptó tres letras de cambio por un importe cada una de ellas de 1.950.000 pesetas, y vencimiento los días 30 de octubre de los años 1984 y 1985 y 10 de julio de 1986, habiéndose aportado fotocopia autentificada de la letra que venció el 30 de octubre de 1984, en la cual sólo figura estampillada la frase «cantidad, vencimiento y domicilio», lo que evidencia que al inicio sólo se efectuó esta impresión; B) El segundo orden de razones es de naturaleza lógico-presuntiva; las partes contratantes tienen sus domicilios en Linares y Alhama de Granada, el contrato se perfeccionó en Granada, y allí se expidieron las letras, cuyo pago se domicilia en una cuenta corriente abierta en el domicilio del deudor; la ubicación de la competencia de Madrid, mediante la sumisión expresa, sólo interesa y beneficia a los sucesivos tomadores de la letra, «Tractorfiat, S. A.» y «Fiatagri España, S. A.», ambos con el mismo domicilio en Madrid, carretera de Barcelona, kilómetro11; pero estos intervinientes en la cambial acceden a ella con posterioridad a su expedición, circunstancia, que unida a las razones de tipo material anteriormente expuestas, conducen al hecho consecuencia de entender introducida la sumisión expresa con posterioridad a la expedición de la letra de cambio, y por tanto, ineficaz para que puedan aplicarse los artículos 56 y 57 de la LEC, siendo más bien de tener en cuenta el número 1.º del artículo 62 del mismo cuerpo legal, y por todo ello sin especial pronunciamiento respecto a las costas causadas.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: MAQUINACION FRAUDULENTA CONSISTENTE EN OCULTAR EL DOMICILIO DEL DEMANDADO (EXISTE) (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1989).

La representación procesal de don José Antonio R G. plantea el presente recurso de revisión con base en las causa 4.ª del artículo 1.796 de la LEC, alegando la existencia de una maquinacón fraudulenta, provocada por la parte contraria en un procedimiento de divorcio, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza, con el número 211/84; actividad de la parte actora que, según se afirma, estuvo dirigida a dificultar al demandado el conocimiento de la iniciación del juicio, con objeto de obstaculizar su legítimo derecho de defensa, ocultando al Juzgado su domicilio, que declaró desconocido, y obligando a que se efectuara el emplazamiento y las sucesivas notificaciones, mediante edictos,

publicados en lugar distinto al de su residencia habitual, asegurándose de esta forma el éxito de la demanda.

Partiendo del principio que la revisión es un proceso que constituye una excepción de la llamada «santidad de la cosa juzgada», su admisión debe estar regida por un criterio restrictivo, exigiéndose por la jurisprudencia de esta Sala, para la viabilidad del mismo, cuando se fundamenta en maquinaciones fraudulentas, los siguientes requisitos. A) Que la maquinación consista en una conducta maliciosa de la parte recurrida, tendente a conseguir mediante argucias, artificios o ardides, una ventaja o lesión frente a la contraria; B) Que existe un nexo causal directo entre esta conducta y la sentencia firme y favorable para la parte que utilizó este proceder; C) Que la maquinación fraudulenta se deduzca de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo pero no de los alegados y discutidos en él; D) Que la conducta maliciosa impide al demandado el conocimiento de la existencia del pleito, y, por tanto, su efectiva defensa, y E) Que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo de caducidad que señala el artículo 1.798 de la LEC, debiendo por tanto determinarse el *dies a quo*, y tenerse también en cuenta el límite máximo que señala el artículo 1.800 del mismo cuerpo legal.

Esta doctrina genérica ha de servir de pauta para analizar la situación fáctica que concurrió en el proceso cuya revisión se postula, y determinar si con arreglo a la misma procede la admisión del recurso. El matrimonio formado por don José Antonio R. G., de profesión pintor, y doña Elisa S. C., perteneciente en activo al Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia, sufrió crisis, y en el mes de mayo de 1973 el marido abandonó el hogar conyugal, retirando del mismo diversos enseres, lo que dio motivo a la incoación de unas diligencias penales, que fueron poco después sobreseídas, al presentar el marido demanda de separación eclesiástica; en tal demanda de separación el recurrente fijaba su domicilio en Ibiza el de la calle Navarra, número 33, 2.º, 2.ª, reconociendo el de la esposa ubicado en la calle Formentera, 18, 2.º, piso de naturaleza ganancial, que seguía ocupado por doña Elisa, y respecto al cual el señor R. había declinado efectuar cualquier pago comunitario a partir de la separación conyugal. Consta en el presente recurso que en ese año de 1973 el recurrente trasladó definitivamente su domicilio a Madrid, hecho que fue noticia pública aparecida en la prensa local de Ibiza, como también públicamente lo fue que en el año 1975 regresara temporalmente a la isla, para exponer sus pinturas en los locales de la Caja de Pensiones para la Vejez, apareciendo reportajes periodísticos, en los que se señalaba la residencia madrileña como la habitual del recurrente; concreción que se reafirma con la difusión, en distintos medios de comunicación, de otras exposiciones celebradas en la capital de España. La parte recurrida llega a reconocer explícitamente, que la residencia madrileña del marido era pública y notoria, si bien añade que le era totalmente desconocido el domicilio concreto y exacto en dicha capital. En fecha 26 de mayo de 1984 la esposa presenta en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza demanda de divorcio contra su marido, determinando en ella que «actualmente el demandado era de paradero desconocido, siendo su último domicilio conocido el de la calle Navarra, número ..., y de ello hace once años», afirmación que provoca el emplazamiento del demandado por medio de edictos publicados en el «Boletín Oficial de Baleares», y su declaración de rebeldía, así como las sucesivas notificaciones, y por el mismo sistema: la sentencia, la disolución de la sociedad de gananciales, la subasta de bienes, y de la adjudicación definitiva de estos bienes propios del marido, al parecer (pues no existe resolución al respecto) derivada de la ejecución por reclamación de pensiones no satisfechas.

Es constante doctrina de esta Sala, acorde con la del Tribunal Constitucional, cuando afirma que el derecho a la defensa implica la posibilidad de un juicio contradictorio, en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, y, por ello, el emplazamiento personal, al asegurar que el demandado puede comparecer en juicio, y defender sus posiciones frente a la parte demandante, se convierte en un instrumento ineludible para garantizar tal derecho, resultando necesario para justificar su sustitución por la notificación edictal, que así lo exija inequívocamente el derecho a la tutela del demandante, la cual también debe ser garantizada; y que entraña maquinación fraudulenta toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar, disimular u ocultar al demandado el planteamineto del litigio, obstaculizando mediante ardides su defensa, constituyendo la forma más frecuentemente empleada, la afirmación inexacta de desconocerse totalmente su domicilio y paradero, e interesar una citación edictal en lugar distinto, a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía de la parte demandada (Sentencias de 14 de marzo de 1984; TS de 3 de marzo de 1987, 11 de mayo de 1987, 19 de julio y 18 de noviembre de 1988), doctrina perfectamente aplicable al caso que analizamos, pues si bien no aparece suficientemente probado que la parte demandante de divorcio conociera exactamente el domicilio de su marido en Madrid, resulta innegada la pública noticia de su residencia en dicha capital, y la ciertamente no difícil posibilidad de averiguar dónde vivía el demandado o sus familiares más allegados; resultando incuestionable en cualquier caso la inexactitud del «paradero desconocido del marido» que figura en la demanda, y más aún, la ubicación en la reducida isla ibicenca de su última residencia, evitando así la publicación de edictos en Madrid, con lo que, de algún modo, se dificultaba aún más la posible comparecencia del demandado; hechos y conductas que claramente inciden en la apreciación del motivo alegado, y en la estimación del recurso, ya que, por otra parte, se da la exigida relación de causalidad entre la provocada indefensión y el resultado del la resolución, y existe un principio de prueba, no impugnado, de haberse interpuesto el recurso dentro del plazo legal.

R. DE A.

CUESTION DE COMPETENCIA: ENTRE TRIBUNALES DE DIFERENTE ORDEN JURISDICCIONAL (CAUCE DE RESOLUCION) (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1989).

Para mejor comprender y fallar el presente recurso, ha de partirse de sus antecedentes: La Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa presentó en San Sebastián demanda de menor cuantía en súplica de que se condenase a don Carmelo V. U. a que le abonase 35.000.000 de pesetas, intereses y costas, señalando que había sido empleado suyo desde 1969 hasta que en 7 de enero de 1986 le comunicó su despido, declarado procedente el 7 de marzo del propio año por la Magistratura de Trabajo, habiéndose detectado por la Caja de Ahorros en 23 de diciembre de 1985 la existencia de documentos por ese nominal sin contrapartida contable por la Caja; el demandado presentó cuestión de competencia por declinatoria, al entender que el Juzgado competente era el de Zarauz, cuestión desestimada por Sentencia de 7 de noviembre de 1986, mandándosele, al alcanzar firmeza, que contestase la demanda, cosa que hizo oponiendo incompetencia de

jurisdicción, por considerar que el conocimiento del asunto correspondía a la Magistratura de Trabajo, lo que se discutió en la comparecencia prevista para el menor cuantía en el artículo 691 de la Ley Rituaria, reservándose el señor Juez resolver sobre la cuestión, cosa que hizo, por auto de 23 de febrero de 1987, rechazando la excepción planteada por haberse discutido antes la competencia territorial a instancia del propio demandado, pero declarando de oficio que la materia de la litis correspondia a la competencia de la jurisdicción laboral, emplazando a las partes para que ante la misma dirimieran su controversia y sobreseyendo los autos. Tras incidencias que no hacen al caso y habiéndose admitido la apelación interpuesta por la Caja en ambos efectos, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, por auto de 28 de septiembre de 1987, confirmó el del Juzgado, pero entendió que, prescindiendo del problema de competencia territorial ya resuelto (art. 79 de la LEC), se había cumplido después con el mandato del artículo 687, proponiendo todas las excepciones al contestar la demanda, es decir, que se habia propuesto en momento oportuno, atribuyendo al Juez la regla 3.ª del artículo 693 la facultad de apreciar de oficio la falta de algún requisito o presupuesto del proceso, entre los que se encuentran los problemas de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, y si bien se debía haber oído al Ministerio Fiscal, conforme al artículo 74 de la Ley Procesal, ello sólo comportaría una reposición de actuaciones y no la estimación de la alzada en la manera que se había planteado, por lo que la confirmación se producía en cuanto al fondo, aunque no se aceptasen en parte los argumentos formales del Juzgado.

Contra la resolución de la Audiencia se plantea el recurso de casación con base en dos motivos; uno por quebrantamiento de forma, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la LEC, al infringirse el artículo 74 por no exigirse el informe del Ministerio Fiscal; y el otro, incardinado en el número 5.º de aquel precepto, por infracción del artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto de 13 de junio de 1980.

Conviene recordar que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su libro I, título III, al tratar «de los conflictos de jurisdicción y de los conflictos y cuestiones de competencia», comprende tres capítulos; el I («conflictos de jurisdicción»), que no hace al caso, por referise a los que se plantean entre los Juzgado o Tribunales y la Administración y los Juzgados Tribunales y la jurisdicción militar; el II («de los conflictos de competencia»), que en los artículos 42 a 50 regula los que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, pero integrados todos en el Poder Judicial, a resolver por una Sala especial del Tribunal Supremo, que pueden suscitarse, mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, en escrito razonado, pudiendo seguir la forma de declinatoria o de inhibitoria, y que en el último de los preceptos citados regula un recurso especial por defecto de jurisdicción, señalándose para todos los casos la necesidad de dar audiencia al Ministerio Fiscal, y el III («de las cuestiones de competencia»), para las producidas entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional (arts. 51 y 52), a resolver siempre por el órgano inmediatamente superior común y que encuentran correspondencia en los artículos 72 y siguientes de la LEC, de forma que el artículo 74 no puede entenderse referido hoy al supuesto que nos ocupa, encuadrable en el capítulo segundo, sino a la falta de competencia objetiva —por la materia o cuantía—, funcional o territorial, lo que en el juicio de menor cuantía puede proponerse en la contestación o suscitarse en el acto de la comparecencia, caso este último en el que, de ser estimada, al ser insubsanable, ha

de dictarse auto de sobreseimiento, con archivo de las actuaciones (art. 693, regla 4.ª, LEC) y si se propone en la contestación, ha de resolverse por el Juez en la sentencia definitiva, con prioridad a los demás medios de oposición utilizados por el demandado. Ocurra, pues, que en el caso que nos ocupa se ha actuado como si nos encontrásemos dentro del capítulo III (cuestiones de competencia entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurisdiccional), pero sin oír al Ministerio Fiscal (art. 74), cuando lo cierto es que el problema planteado se produce en el ámbito del capítulo II, al tratarse de un conflicto de competencia entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, para el que no aparecen pensados los artículos 691 y siguientes, reguladores de la comparecencia en el menor cuantía, al existir una normativa específica, con Sala especial para su resolución e intervención, en todo caso, del Ministerio Fiscal. En definitiva: con independencia de que la casación no aparece planteada por la parte recurrente en congruencia interna con sus alegaciones (debería haberse buscado amparo en el número 1.º del artículo 1.692, o a lo más en el número 2.º) es indudable que se han conculcado por el Juzgado y por la Audiencia derechos procesales fundamentales, de *ius cogens* y apreciables de oficio, pues no se han respetado «todas las garantías» del proceso, y conteniendo el artículo 24 de la Constitución el reconocimiento de tales derechos, su infracción posibilita recurso tan extraordinario como el casacional (art. 5.4 de la LOPJ), obligando a la estimación del primer motivo, prescindiendo de formalismos enervantes, al proceder el acto lesivo del propio órgano jurisdiccional de la primera instancia y no haberse subsanado en la alzada, casar el auto recurrido, anular el del Juzgado, con el envío y reposición de las actuaciones al estado y momento en que se cometió la falta (art. 1.715-2.º de la LEC), todo ello sin perjuicio de que después pueda entablarse el conflicto de competncia en la forma prescrita por la Ley o que el Juzgado acuerde lo que estime pertinente en la sentencia definitiva.

R. DE A.

ERROR JUDICIAL (EXISTE): EN TRAMITE DE EJECUCION DE SENTENCIA (ES ADMISIBLE) (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1989).

La acción de declaración de error judicial productor de daños en bienes o derechos de persona o personas determinadas, previa a su indemnización por el Estado, regulada en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requiere para su viabilidad, siguiendo la interpretación jurisprudencial desarrollada por las distintas Salas de este Tribunal y, en concreto, en las sentencias de esta Sala de 1 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, la existencia de un error, de hecho o de derecho, cometido en una actuación de un Juzgado o Tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional, ya sea en fase declarativa, ya en fase ejecutiva, frente a la cual se hayan agotado todos los recursos previstos por el ordenamiento; que como consecuencia del error se produzca un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; que el error no sea debido a la conducta dolosa o culposa del perjudicado y, por último, que la acción se ejercite en el plazo establecido en el artículo 293.1.*a)* de la citada Ley Orgánica.

De las alegaciones del escrito de demanda formulada por don César S. V. se pone de manifiesto que el error cuya declaración se pretende ha sido cometido en los edictos anunciando la segunda y tercera subasta en los autos de juicio ejecutivo seguidos con el número 365/83 ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora, que fueron publicados en el «Boletín Oficial» de la provincia los días 3 de mayo de 1985 y 3 de septiembre de 1986, en cuyos edictos se describían como bienes objeto de licitación 100 ovejas blancas y negras, siendo así que sólo habían sido objeto del embargo trabado 15 semovientes; así como en la tercera subasta celebrada el 21 de octubre de 1986 en que se adjudicaron al mejor postor, don Benjamín F. F., 100 ovejas por el precio de 113.000 pesetas; aprobado el remate, el rematante se hizo cargo de las 100 ovejas subastadas el día 24 de octubre de 1986; las 15 ovejas fueron tasadas en 100.000 pesetas.

Las actuaciones judiciales reseñadas en anterior fundamento son idóneas para fundar el ejercicio de la acción sobre declaración de error judicial pues si bien no revisten formalmente ninguna de las formas que para las resoluciones establece el artículo 369 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son una manifestación de la actuación jurisdiccional en que se ordenan mandatos judiciales tendentes a conseguir la efectividad del derecho del acreedor ejecutante, siendo de tener en cuenta que la fase ejecutiva no termina por sentencia, resolución que, en la fase declarativa, es la que puede producir error, por lo que en la ejecución de sentencia el error puede derivar de cualquiera de los actos procesales que la integran siempre que se hayan agotado los recursos procedentes; en el presente caso, el acto de remate y entrega de los bienes subastados no era susceptible de recurso alguno, habiéndose realizado tales actos judiciales con la base en un patente y manifiesto error de hecho resultante de las propias actuaciones, como es el de anunciar y rematar 100 ovejas cuando las trabadas fueron 15 sin que hubiera precedido mejora del embargo, y haber realizado la subasta partiendo del precio de 100.000 pesetas en que fueron tasadas pericialmente las ovejas embargadas. Por otra parte, este error no es susceptible de subsanación a través del procedimiento declarativo ordinario al amparo del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendido su limitado ámbito, reducido al tratamiento de las cuestiones de fondo no dilucidadas en el juicio ejecutivo (Sentencias de 8 de junio de 1968 y 26 de mayo de 1986).

El error de hecho cometido en las referidas actuaciones judiciales ha producido un daño real y efectivo al hoy demandante que se ha visto expropiado de las ovejas subastadas por el precio de 113.000 pesetas, ligeramente superior al de tasación de las 15 sobre las que recayó el embargo como suficientes para asegurar las responsabilidades pecuniarias exigidas en el juicio ejecutivo, daño que es evaluable económicamente, por lo que no apreciándose culpa o dolo en el perjudicado en orden a la causación del daño producido y ejercitado la acción en el plazo señalado en el artículo 293.1.*a)* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de estimarse la demanda interpuesta.

R. DE A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

ROMEO CASANOBA: *Poder informático y seguridad jurídica* (Colección Impactos, Los libros de la FUNDESCO, Madrid, 1987).

Entiendo que en el momento actual resulta muy adecuado para recensionar este libro («Premio Fundesco de Ensayo») que trata fundamentalmente de llamar la atención de los juristas sobre las ventajas y los inconvenientes de la utilización de los medios informáticos. Verdaderamente que de la época del «átomo» y su desintegración hemos invadido hasta nuestras conciencias del sistema informático. Bajo la idea imperiosa de que «hay que informatizarse» la legión de seguidores de este método se multiplica y se esclaviza. Para la mayoría es la solución, la panacea que puede resolver de una vez y para siempre todos los males que se registran en nuestra actual sociedad. Aquí pasa lo mismo que con la píldora que parece que evitó mucho embarazo, pero se queda un tanto corta para combatir el cáncer que produce el SIDA que amenaza.

Los que estamos encajados en la etapa histórica del plástico sabemos hasta dónde se puede llegar con el invento, pues si en un principio nos desbordó la idea, luego, poco a poco, fuimos viendo los grandes inconvenientes y las tremendas desventajas que la utilización del mismo llevaba consigo. Yo recuerdo haberme comprado una tulipa de plástico para ponerla encima del espejo del cuarto de baño a efectos de lograr una iluminación perfecta... pero comprobé que dicha tulipa, al recalentarse con el calor de la bombilla, comenzó a arrugarse antes de que terminara mi afeitado.

Desde el punto de vista registral el fervor —casi sacramental— al sistema informático se ha convertido en enfermedad y una enfermedad contagiosa que difícilmente puede curarse con la experiencia de años. Como las plagas de Egipto, los jinetes del Apocalipsis, los huracanes, el cólera, la lepra y las culebras avanza sobre nosotros la informática. La presentación del documento, el telefax en funcionamiento, el «seguimiento» o persecución del documento, su plasmación registral, su contenido abreviado y «procesado» con entrada («input») y salida («output»), la cuenta, la nómina, los gastos... y todo ello con unas cuantas teclas, una pantalla, un programa, etc. ¡El Anticristo, macho!

El jinete había llegado galopando sobre su caballo y vio sorprendido que delante de él se abría un abismo, paró el caballo en seco y comenzó a reflexionar. En mi burra de plástico vi también el precipicio y en mis manos cayó este libro que ahora recensiono y que aconsejo leer a todos los que hacen de la informática su bandera, para que piensen que hay que arriarla todos los días y a veces ponerla a media asta. Se divide la publicación en ocho capítulos, va precedida de un prólogo y una presentación y seguida de una bibliografía importante y actual. Vamos a respetar el orden expositivo y brevemente comentar sus apartados:

I. PROLOGO Y PRESENTACION

El prólogo lo firma JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, Fiscal del Tribunal Supremo y Presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos, el cual plantea la problemática de si la capacidad expansiva de un sistema jurídico es suficiente para resolver las cuestiones que plantea la aplicación de la tecnología informática a las relaciones sociales. Y aun partiendo de la capacidad ilimitada del ordenamiento o sistema jurídico para adaptarse a las corrientes generales y su capacidad de responder a los desafíos que el manejo de la tecnología informática supone, señala, como no podía ser menos, los grandes peligros que estas nuevas formas de agresión suponen en la convivencia, sobre todo cuando de esa técnica se hace un «uso incontrolado».

La presentación corre a cargo del autor quien alude a la transformación industrial que supuso sustituir el trabajo físico del hombre por máquinasy que ahora lleva consigo reemplazar determinadas funciones intelectuales del hombre gracias a estas nuevas tecnologías. Pero frente a la función social a que están destinadas las tecnologías de la información, es preciso que el Derecho intervenga con el fin de diseñar y fijar las nuevas reglas de juego que se imponen en la nueva sociedad en transformación. Se hace preciso pensar en la posible conversión del cuidadano corriente en un «ciudadano transparente» y ello exige tomar las medidas adecuadas para impedirlo.

II. CONTENIDO DE LA OBRA

En esos ocho capítulos que dedica a la materia el autor va exponiendo lo que significan las modernas tecnologías de la información y el poder que lleva consigo la información, para plantearse si el Derecho ha de asumir y encauzar el cambio tecnológico, pero estableciendo también los oportunos mecanismos de control en orden a su recto destino y utilidad social.

Seguidamente expone la protección penal de la intimidad e informática en sus respectivos conceptos y en traducción legal, tanto comparada como en el Derecho español, apuntando las posibles orientaciones para su reforma en un futuro. Igualmente apunta y estudia la fenomenología de la delincuencia vinculada a la informática, examinando hechos, autores, víctimas, medidas de represión y otros puntos.

Particularmente se abordan los temas del fraude informático y como ejemplos de ello se citan los supuestos de manipulación de datos en sus diversos campos de entrada, salida, programa, manipulaciones a distancia, los delitos de hurto, estafa, apropiación indebida, falsificación de documentos, así como las tendencias legislativas actuales frente a esos fenómenos y ciertas propuestas de reforma.

Se destaca también en esta parte expositiva las notas y estudios que dedica a las implicaciones penales de las manipulaciones en cajeros automáticos mediante tarjetas provistas de banda magnética, la sustración o copia de bases de datos o de programas, el espionaje informático y las piraterías de programas, así como el sabotaje informático y las agresiones al soporte material.

Ante este cúmulo de «delitos», agresiones e implicaciones penales, es preciso tomar ciertas precauciones, sobre todo cuando en un sistema hipotecario basado en la «seguridad del tráfico jurídico» los pronunciamientos registrales hacen fe y se respaldan por la responsabilidad personal del Registrador. Este apunte mío

final no sea más que una repetición de aquello que ya dije al volver de contemplar el sistema registral argentino «con apoyo electrónico» que en el año 1972 nos mostraron y que me dejó con una frialdad medular y un escepticismo total. Se que aquello en aquella época estaba ya anticuado y que ahora se avanzó mucho, pero el autor de la monografía que recensiono apunta cosas que no deben ser olvidadas. Lo urgente, nunca debe desplazar a lo importante y lo importante debe ser suministrar —aunque fuera con menos urgencia— datos fidedignos, sin errores y que respondan a un verdadero contenido registral.

Entiendo que con esta última reflexión brindo al autor de la monografía mi mejor elogio, pues a las «picardías» informáticas y al virus amenazante de la máquina —con el borrón y cuenta nueva— se añaden esos delitos y asaltos informáticos capaces de poner en tela de juicio un sistema que comenzó exigiendo en la redacción de los asientos una «tinta indeleble», pero que como la píldora puede generar un cáncer y no evitar el SIDA.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, 2.ª ed., Civitas, 1989.

He tenido que vencer una gran pereza o galbana para leerme esos 60 folios donde están anotados los diversos trabajos o aportaciones jurídicas que he cultivado en numerosos campos. Lo he hecho no con el afán de lograr balances —ya bastante próximos— ni con la idea de buscar una satisfacción al recordar todo lo que he escrito, sino con el fin de saber si esta publicación la recensioné o no en su primera edición. Lo curioso del caso es que aunque a mí me consta que he leído la monografía, la nota de la recensión no aparece. ¿Cómo es posible que yo que soy como el «recensionista oficial» de González Pérez no haya dicho ni una sola plabra sobre su versión de la buena fe? Al terminar de leer esos folios con mis trabajos he sentido un doble arrepentimiento: el haber escrito tanto y el no haber recensionado este trabajo.

Es cierto, como dice el autor, que estamos necesitando de buena fe en una sociedad en la que el hombre encuentra cada vez más limitada su libertad, en la que se contempla la destrucción de la naturaleza, se agotan las reservas naturales, se destruyen los valores morales (y nos invade, añado yo, la peste de la informática) y el hombre lo espera todo de la Administración haciendo de ella un Dios implacable y despiadado que exige sacrificios superiores a los viejos dioses paganos... Es cierto, todo ello, pero a mí lo que me preocupa no es que se exija el principio como regla de conducta, sino que se «presuma» la existencia de la misma.

Comprendo que es un estímulo, un acicate que se brinda al ciudadano para que éste obre conforme al principio, pero no en todos los campos opera esta presunción —y esto quita igualdades ciudadanas— y, de otra parte, resulta sumamente difícil destruir la presunción... y en este «pícaro» mundo en el que nos ha tocado vivir hay mucho madrugador, mucho avisado, mucho «guante blanco» y una tendencia general a estar en esas zonas colindantes entre lo legal y lo antijurídico. Un Ministro de Cultura, hace tiempo, me preguntó como definiría la «cultura» y yo le contesté que estaba en relación inversa con el Derecho: a mayor cultura el derecho se empequeñece, porque se respeta el de los demás, mientras

que a menor cultura el derecho se agranda porque se desconoce el que pueden tener otros. Y cuando el ciudadano español desconoce el derecho de los demás, suele acompañar su acto con una interjección malsonante y muy ibérica... ¡Como para andarse con presunciones!

Es cierto, como apunta el autor siguiendo a DÍEZ PICAZO, que el principio de buen fe se enuncia en el título preliminar del Código Civil o pórtico de todo el ordenamiento jurídico y no es lo mismo tener una pieza o una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio, lo cual nos lleva a una aplicación general del principio en todo el «ordenamiento jurídico» (el «resto» dice la Constitución). Sin profundizar mucho el claro ejemplo de que esto no es así lo demuestra el llamado Derecho fiscal, donde el ciudadano se le presume —quizá con ciertos visos de verosimilitud— como un defraudador, elevándole los tipos impositivos para así compensar la recaudación y poniéndole una especie de obstáculo económico: usted paga y luego, si quiere, reclame. En latín suena mejor.

No hay más remedio que entrar en la materia del libro y recorrer los cinco capítulos en que se estructura, los cuales vienen complementados por los índices sumariales, de materias, de autores y de sentencias. Después de la exposición tiempo habrá de enjuiciar genéricamente la obra.

I. PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Para el autor la buena fe supone una conducta normal, recta y honesta en las relaciones con las demás personas y no sólo en el cumplimiento de las obligaciones, sino en el ejercicio de los derechos. En el fondo es un límite al ejercicio de los derechos. Para llegar a ello hace un estudio del artículo 7.1 del CC y precisa las diferencias que existen entre el principio de buena fe, el abuso de derecho, el fraude de ley y la equidad.

Completa el capítulo reaccionando contra los que consideraron que la buena fe no tenía campo de actuación dentro del Derecho administrativo, sobre las bases de la diferencia cualitativa de las partes, el principio de legalidad y la distinta naturaleza de los intereses en juego. En apoyo de la tesis de aplicación alega las opiniones doctrinales, el *ius comune* del título preliminar del Código Civil y diversas sentencias que no dudan en aplicar el principio a partir del año 1959.

II. EL PRINCIPIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La construcción del principio dentro del Derecho administrativo la realiza el autor a través de los conceptos generales antes expuestos y dos puntos claves. la *desviación* de poder (ejercicio de potestades para fines distintos de los previstos para las normas) y el principio de *proporcionalidad* entre los medios que se utilizan para los fines que se persiguen. Por supuesto que resulta delicioso leer los ejemplos que pone, como el de la notificación de multas y sanciones en el mes de agosto que impiden, la mayor parte de las veces, acudir a los recursos.

Examina seguidamente las funciones del principio general de la buena fe: principio general, fundamento del Ordenamiento, informador de la labor interpretativa, de la integradora y norma de conducta y límite del ejercicio de los

derechos. La aplicación del principio logrará la confianza del administrado en la Administración y el de ésta en el administrado.

III. REQUISITOS Y EFECTOS DE LA APLICACION DEL PRINCIPIO

A dos se reducen los requistios en que puede operar el principio: una actuación de un sujeto relevante para el Derecho y que tal actuación sea contraria a las exigencias de la buena fe. Ello en una forma general, pues las diversas formas de manifestarse hacen difícil estructurar un régimen común a todas ellas. El primer requisito permite al autor estudiar los casos en que se puede manifestar: petición del administrado, actos de trámite, acto administrativo definitivo, actos de ejecución, actos de revisión de actos anteriores y actuaciones procesales. Respecto al otro requisito de ser contraria a las exigencias de la buena fe, cita casos muy tipificados, pero generaliza y entiende que la consagración del principio supone la ruptura del Derecho legal y una aplicación del arbitrio judicial para caliifcar como contraria al Derecho una actuación que, en otro caso, sería válida o para calificar de válida la que, en otro caso, no lo sería.

En materia de efectos examina la invalidez, la conservación, la excepción al ejercicio de derechos y potestades, el incumplimiento de las obligaciones, limitación de los efectos, evitar las consecuencias perjudiciales e indemnización de perjuicios.

IV. SUPUESTOS TIPICOS DE APLICACION DEL PRINCIPIO

Fundamentalmente estructura la materia —y por ello es muy fácil su seguimiento— examinado esos casos en el nacimiento de las relaciones, en el ejercicio de los derechos y potestades, en el cumplimiento de las obligaciones, la extinción de las relaciones y la doctrina de los actos propios.

V. EL PRINCIPIO EN EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Precisando que el principio de buena fe no es un principio del proceso, sino una proyección del principio en el ámbito del Derecho procesal, estudia la aplicación del mismo en los casos de la indebida utilización de la autodefensa y utilización del proceso, la improcedencia de alegar la inadmisibilidad de determinados supuestos, actuación contradictoria, incidentes y trámites inadecuados, indebida continuación del proceso y actuación en la ejecución de las sentencias.

También examina el principio que prohibe ir contra los actos propios, las facultades del órgano jurisdiccional para hacer efectivo el principio, la eliminación de peticiones, incidentes y excepciones improcedentes y la indemnización de perjuicios.

La conclusión del autor se hace patente a todo lo largo de su estudio, pero la plasma en sus últimas páginas: recobrar el valor ético de la confianza, humanziando las relaciones. Para el logro de este deseo del autor hacen falta varias cosas: que la Administración y los administrados lean este magnífico estudio lleno de sugerencias y pleno de aciertos en todo su contenido; que aquellos que suben y los que bajan se olviden del revanchismo, dejando de aplicarlo los unos y no esperando aplicarlo los otros; que el homenaje y la distinción no tengan

nunca su base en la envidia; que la cortesía y la educación vuelvan a ocupar el puesto que la grosería y los malos modos han arrebatado... y que, sobre todo, frenemos esa obsesión informática que hará más fría, más inhumana, más despiadada e implacable la relación hombre y máquina-administrada. Si todo ello se consigue habremos dejado de sentir la gran tristeza del ejercicio de nuestos derechos conculcados ante los Tribunales.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MADRID PARRA, AGUSTÍN: *El mercado hipotecario (EEUU-España).* Tesis doctoral. Banco Hipotecario de España. Con prólogo de Manuel Olivencia Ruiz, director de la tesis, Madrid, 1989. Un tomo de 1261 pp.

Quizá sea simplificar demasiado decir que el mercado hipotecario es aquel en que se contratan, movilizan y transmiten créditos hipotecarios respaldados por una garantía inmobiliaria, concretada en nuestro sistema en el Registro y que, por ello, nos afecta de modo directo.

Los diversos sistemas hipotecarios han tratado de enfocar, desde siempre, el sistema de la movilización de los créditos, cosa que no siempre se ha conseguido plenamente por distintos inconvenientes jurídicos, económicos o de cualquier otra índole. Recordemos los intentos de trasplantar a España el sistema australiano del Acta Torrens.

Lo cierto es que supone una cuestión que viene actualmente pidiendo paso y parece que hay que dárselo sin remedio, apartando los obstáculos que puedan permanecer en sistemas que se articularon en el siglo pasado.

Esta tesis doctoral, dirigida por el Profesor Olivencia, Catedrático de la Universidad de Sevilla, tiene el gran valor de acometer con aires de novedad el estudio del sistema financiero que es uno de los centros neurálgicos de la vida económica actual. Tal como nos dice el propio director de la tesis, la dinámica del mercado, la aparición de nuevos activos y la actuación de los agentes u operadores de aquel sistema enfrentan al jurista con múltiples y complejos problemas y reclaman respuestas adecuadas; ese es el telón de fondo que sirve de escenario a la realidad social contemplada por el Derecho

El autor de esta tesis doctoral, Agustín Madrid Parra, no es nuevo en esta REVISTA, que ya recogió en 1983 un importante trabajo suyo, la tesina de licenciatura sobre el tema «La cabida en la compraventa de bienes inmuebles». Su preparación, que ya quedó entonces de manifiesto, se hace de nuevo patente en esta monumental obra que entra también de lleno en el ámbito del Derecho hipotecario o registral.

La Ley del Mercado Hipotecario es España lleva la fecha de 25 de marzo de 1981. Esta norma supone contar con bases suficientes para liberalizar el crédito hipotecario y ha sido desarrollada por otras disposiciones durante el año 1982. Estas normas, que suponen una novedad para nosotros, han movido al autor a estudiar su importancia y trascendencia, acudiendo para ello al Derecho comparado, vivido en este caso *in situ* por su permanencia en Estados Unidos.

El Derecho anglosajón ha tenido hasta ahora difícil encaje en nuestro sistema jurídico de raíces romano-germánicas. O quizá es que no ha sido estudiado y no se puede recibir lo que no se conoce. Ultimamente este conocimiento se va

abriendo camino; como muestras citaremos otras dos tesis doctorales, una de nuestro amigo Fernando Baz Izquierdo sobre el Derecho inmobiliario inglés y su comparación con el sistema español y otra del Registrador Antonio Moro Serrano, sobre el sistema inmobiliario en Estados Unidos.

En la *primera parte* del libro que estamos presentando se nos da una amplia y profunda panorámica sobre la organización del mercado hipotecario en los Estados Unidos, en la cual se recoge la evolución histórica, siguiendo las sucesivas leyes que a partir de la depresión de los años veinte-treinta regularon esta materia. A continuación el autor estudia los programas que al respecto articularon las tres Agencias Federales especializadas, examinando los títulos hipotecarios que dichas Agencias emiten o garantizan y que constituyen los valores de mayor circulación en Norteamérica.

La *segunda parte* se dedica al mercado hipotecario en España, empezando por sus antecedentes, encarnados en el Banco Hipotecario de España y la Ley Hipotecaria de 1861 como pilares básicos del sistema y que lo hicieron posible, repasando también los posteriores hitos de la financiación de la vivienda.

Otro punto importante que analiza el autor es la movilización del crédito hipotecario, posible por la debida articulación de la hipoteca. El autor proclama que el préstamo con garantía hipotecaria ha sido el instrumento que ha permitido a los propietarios de bienes inmuebles inmovilizar el valor de éstos; el crédito hipotecario constituido a favor del prestamista ofrece a éste la garantía y la seguridad necesarias que requiere un préstamo a largo plazo, como suele ser el hipotecario. La confianza que el crédito hipotecario ofrece, nos dice, descansa en la institución del Registro de la Propiedad. Junto a esa seguridad, el prestamista goza de la posibilidad de disponer del crédito hipotecario en cuanto que existen cauces de transmisión del valor de esos créditos y esto hará que dichos prestamistas estén más dispuestos a conceder préstamos si son hipotecarios.

En la misma línea el autor resalta la importancia de la incorporación de la hipoteca a los títulos valores, lo que le lleva a hacer un concienzudo estudio de los distintos supuestos y en especial de la llamada hipoteca cambiaria y de las cédulas hipotecarias.

Puesto que la movilización de los créditos hipotecarios es deseable y encuentra su cauce en el mercado hipotecario, Madrid Parra propugna la necesidad de su existencia y su debida regulación y nos refleja el *iter* del proyecto legal a lo largo de nuestros órganos legislativos hasta desembocar en la Ley del Mercado Hipotecario antes reseñada.

Una vez constatados los antecedentes, entra en las características de dichos mercados hipotecarios, que pueden ser primarios o secundarios, y en su estructura, empezando por relacionar las entidades que pueden participar, con detalle de sus operaciones, siguiendo la normativa vigente.

Dentro de esta segunda parte del libro, su capítulo VI está dedicado al amplio estudio de las cédulas hipotecarias, con sus antecedentes, concepto, reglas, límites y procedimientos para su emisión, requisitos de los títulos, su transmisión y los derechos de los tenedores de los títulos, así como las garantías de que gozan las cédulas hipotecarias.

En el capítulo VII se estudian los bonos hipotecarios que, como es sabido, son títulos valores que incorporan su derecho de crédito contra el emisor. A diferencia de las cédulas, la emisión de bonos hipotecarios exige los dos requisitos formales de la escritura y la inscripción en el Registro Mercantil. Se detallan en el libro las restantes reglas de la emisión y del sindicato de tenedores, así como la garantía de los bonos que consiste básicamente en la hipoteca, con posibilidad

de subhipoteca; se termina con el estudio de la transmisión de los bonos y de los derechos de los bonistas.

En el capítulo VIII se contempla la figura nueva en nuestro Derecho de las llamadas participaciones hipotecarias, las cuales incorporan los derechos que el emisor, participante en el mercado hipotecario, transmite a su titular sobre un crédito hipotecario de su cartera. La participación otorga unos derechos de contenido económico que son aquellos que en cada caso concreto se pactan entre las partes y que aparecen recogidos en el título. La ley, en este caso, confiere unas acciones al titular de la participación frente al emisor y, en último extremo, frente al deudor hipotecario del crédito participado. Analiza el autor la calificación jurídico-financiera de las participaciones, las normas de su emisión, derechos y acciones de los titulares y las garantías de estos títulos, entre los cuales, y como es natural, está en primer lugar la hipoteca.

La *parte tercera* del libro se dedica a mostrarnos las garantías de los títulos hipotecarios en Estados Unidos y en España.

Empezando por Norteamérica, estudia el autor ampliamente el sistema de aquel país y los criterios ordenadores de la garantía hipotecaria aplicados a cada uno de los títulos que se emiten dentro de su sistema de mercado hipotecario.

A continuación y también con gran amplitud y detalle, Madrid Parra entra a exponer nuestro sistema basado fundamentalmente en la garantía hipotecaria. Estudia la hipoteca y su constitución registral para pasar después a enfocar su aspecto de aseguramiento del crédito incorporado a un título, en cuanto que dicho título es el instrumento de movilización del valor inmobiliario; ello le da pie para extenderse en los denominados títulos hipotecarios.

Otro sistema posible de garantía del crédto es el seguro que está bastante extendido en Estados Unidos y el autor, como hemos dicho, ha vivido el tema *in situ*, nos da amplia noticia de su evolución y de las diversas clases posibles, sea seguro público o privado, con gran variedad de distintos tipos de pólizas.

En España, nos dice el autor, que el panorama es completamente diferente, dado nuestro sistema registral que hace totalmente innecesario acudir al seguro para cubrir los riesgos de vicios o deficiencias en el título adquisitivo de la finca que sirve de garantía. Cabe asegurar otros riesgos, no jurídicos sino más bien físicos o económicos; así, nuestra Ley del Contrato de Seguro de 1980 contempla los seguros de incendios y daños, el de crédito o caución y otros especiales. Entre estos podemos señalar el de depósito, el de la vivienda y la normativa específica del mercado hipotecario.

Como elemento principal de dinamismo del mercado hipotecario están los intermediarios financieros que intervienen para agilizar y dar confianza a los inversores y a quienes necesitan financiación Con este tema y el de los conflictos de intereses que pueden surgir al darse una concurrencia de acreedores como consecuencia de una situación concursal, que se estudian en los dos últimos capítulos, el autor cierra esta extensa y concienzuda obra que supone, por su novedad, una importantísima aportación doctrinal y práctica.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ZACCARIA, ALESSIO: *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle tramissioni per causa di morte*, CEDAM, Padova, 1988.

Los Códigos Civiles, de corte napoleónico, conforme a la ideología de su tiempo pretendieron recopilar en breves textos normas basadas en la razón natural, fundamentalmente. La evolución social, con sus consiguientes repercusiones jurídico-civiles, ha mostrado la vanidad del propósito y hasta hace pocos años se hablaba de la era descodificadora que traducía escuetas normas en legislaciones especiales. La obra enunciada, rectificatoria de los citados textos, nos muestra como el *ius* va ocupando cada vez más espacios que tradicionalmente estaban asignados a la ética o al *mos* y que normas civiles dejan de ser esencialmente patrimoniales y absorben situaciones personales y familiares que la sensibilidad social ha dejado de valorar adecuadamente.

El derecho sucesorio tradicional ha venido apoyándose en dos principios casi cardinales: unidad y patrimonialidad. Ambos remontan a la *hereditas* romana, en su último estadio. Si en un principio la sucesión no sólo alcanzaba la regencia de un patrimonio familiar —la real titularidad era del grupo— y llevaba aneja la presidencia en los ritos y honras a Manes, Lares y Penates, este último aspecto religioso va desvaneciéndose y ya Cicerón puede expresar que *Hereditas es pecunis quae morte alicujus ad quempiam pervenit iure.* Y la posibilidad de instituciones a favor de extraños que llevan anejos los *sacra*, el *ius sepulchri* o el patronato —todo ello conforme a las normas de los Pontífices—, implican una verdadera patrimonialización; lo religioso deja de ser un cargo y en muchas ocasiones es una carga, un mero símbolo; y el heredero un propietario más que un fiduciario.

Pero hay una idea que ha penetrado profundamente en la conciencia social y que aún despojada de su faceta religiosa resulta sumamente útil: el heredero es no sólo el continuador de una titularidad jurídica, sino de la persona del difunto que asume incluso la responsabilidad *ultra-vires*. Y esta tendencia a la perpetuación familiar atraviesa inmensos espacios históricos a través de institutos como fideicomisos o primogenituras y alcanza, ya degenerada, al romanticismo que trata de recuperar desde la escultura a la mitología griegas. Justiniano había aceptado la idea como un *videatur*, una imagen expresiva, aunque posteriormente Grocio ofreciera la descarnada versión opuesta: *personam defunctis refert non in meritis, quae sunt personaliam, sed in bonis.*

Los bienes susceptibles de integrar un patrimonio se amplian; aparecen los incorporales, tan numerosos como importantes, se profundiza en el análisis de las expectativas y hasta a derechos considerados puramente personales se les descubre una faceta patrimonial. Los recuerdos de familia como medallas, escudos, retratos, ajuar y hasta joyas, tratados por Nerson, Carrara, Damogue y muchos otros, son un ejemplo excelente de tal coincidencia, derechos híbridos en los que la cuantía de lo sentimental y lo económico es susceptible de gradación según circunstancias concretas, Y las llamadas «acciones de estado», nulidad de matrimonio, divorcio o reconocimiento de hijos, aunque en ocasiones su ejercicio «post-mortem» se halle limitado, permiten hipotizar consecuencias económicas nada despreciables, a pesar de que en ellas prime la personal.

Se reexamina también el concepto de patrimonialidad, requisito objetivo de indudable importancia que asume configuración no idéntica en los varios sectores jurídicos. Zaccaria la limita al fenómeno sucesorio en el que normalmente se aceptaba su coincidencia con la susceptibilidad de evaluación económica asegu-

rando al titular de un interés subjetivo lesionado determinada indemnización ya por el valor del objeto ya por las repercusiones económicas, coincidiendo sus límites con la llamada responsabilidad universal y comprendiendo el «Geldwert» en sus dos versiones de «Tauschwert» y «Nutzwert» incluyendo, por tanto, bienes no susceptibles de cambio pero sí de asegurar una utilidad valorable en dinero, aunque para ciertos autores, como Cian o Calasso, el requisito de la negociabilidad es de suma importancia.

Al delimitarse la patrimonialidad se deslinda con mayor nitidez el grupo de los llamados extra-patrimoniales en el que se incluyen no sólo los personales sino también los híbridos y los subjetivos, accesorios y complementarios de aquellos. Hay derechos personales que se extinguen con el fallecimiento del titular (usufructo, habitación, alimentos...) pero hay otros o susceptibles de transmisión sucesoria o que nacen con el fallecimiento de determinada persona, como el derecho moral del autor en el primer caso o en el segundo las indemnizaciones correspondientes a determinadas personas en caso de faltas graves al honor o intimidad de un fallecido. Muchos ofrecen la condición de híbridos, con su componente moral y patrimonial citada anteriormente, y de hecho constituyen un *tertium genus*, una «Zwieschenform» en la simplista clasificación de derechos personales y patrimoniales, por lo que la expresión «extra-patrimonial» resulta más exacta por su postura amplia y generalizadora.

En relación a ello la dogmática, en especial la germana, ha elaborado sutiles construcciones que intentan justificar la inadaptación de muchos de los indicados derechos a las normas sucesorias comunes. Wasterman, en ciertos casos, asimila la postura del difunto a la del *nasciturus*, aunque se objeta que ésta tiene posibilidad de vida y aquél no. Blondel, Heldrich, Kip y Coing consideran a los legitimados para el ejercicio de acciones «post-morten» como fiduciarios del desaparecido; otros hablan de «subjektlose», derechos sin sujeto, pero con personas legitimadas para el ejercicio de acciones, sean o no herederos; otros de la faceta derechos-deberes, pero no resulta posible recorrer las tenues sendas que exigiría no la profundización, sino la simple enunciación.

Los llamados derechos extrapatrimoniales conforman un grupo de naturaleza sumamente diversa regulados en forma dispersa e individualizada que, como hemos indicado, se aparta de la monística sucesoria en muchos supuestos. Pero hay que distinguirlos de otro grupo que incide igualmente en el tema de la unidad sucesoria y en tal profundidad que hace ya años Santoro-Pasarelli se inclinaba por el pluralismo sucesorio. Son las llamadas sucesiones anómalas, consideradas simplemente excepcionales, de las que el Derecho comparado nos ofrece cada vez más abundantes ejemplos. Basta con citar los procedentes de relaciones arrendaticias, rústicas y urbanas, en las que hasta en algún extremo se permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el esquema general de sucesión estrictamente normativa. Y en España las imposiciones indistintas en libretas de Cajas de Ahorro dan lugar a sucesiones especiales en número considerable a pesar de su discutible legalidad. Muchos tratados de Derecho civil se ocupan ya en forma amplia de ellas y es digno de citar el estudio que realiza Cattaneo en el Tratado, bien reciente, de Resciano. Pero estas sucesiones anómalas se refieren siempre a bienes patrimoniales, o sea, que se apartan totalmente de las extrapatrimoniales.

Para el examen de éstas Zaccaria intenta subdividirlas con rasgos de posible afinidad, y por ello forma un grupo de las «acciones de estado», y otro, con los «derechos a la personalidad» que distribuye en dos secciones, una de ellas con los derechos de autor y otra con los «Derechos de la personalidad en general»,

verdadero cajón de sastre o reino de lo heterogéneo, para proponer, en la parte final de la obra, un intento de aproximación de las diversas soluciones.

Es curioso observar como en las «acciones de estado» se ha producido la evolución de patrimonial a personal. En el Código francés, pauta de otros muchos, la legitimidad de un hijo, la adopción en trámite, la impugnación de la condición de hijo natural o de un matrimonio, tenían un fundamental interés pecuniario y desde esta exquisita óptica el heredero era el subrogado en el lugar y puesto del fallecido. Los derechos eran indudablemente patrimoniales.

El Código italiano de 1865 aceptó sustancialmente tal postura, pero introdujo una importante novedad: el reconocimiento o impugnación de la calidad de hijo legítimo correspondía no sólo a los herederos, sino a los descendientes y cualesquiera otras personas interesadas. Aunque en forma alternativa se reconocía el carácter personal de la acción. La evolución prosiguió y son recordables los nombres de Cicu, Galasso y Granelli. Con el Código de 1942 y sobre todo la reforma de 1975 la evolución queda totalmente completada.

Sólo es posible aludir a algunos de los problemas doctrinales planteados, en especial en el ámbito germano: si en tales acciones hay que ver derechos subjetivos potestativos de naturaleza sustancial o simples derechos procesales; si el estado civil es o no independiente de su toma de razón en el Registro Civil y la conclusión, en términos generales de que el *status* es un derecho *iure propio* reconocido por la ley a determinadas personas, no susceptible de sucesión. De ahí las limitaciones, en tiempo y personas, para el ejercicio de acciones o de proseguirlas cuando ya iniciadas fallece el interesado.

Los derechos de autor y conexos están regulados en Italia en forma inorgánica y aún fragmentaria. En términos generales prevalece la voluntad del difunto y en tal caso nos hallamos ante una sucesión ordinaria, pero a falta de ella la ley establece otra línea de sucesiones, dando preferencia a determinados familiares y sin perjuicio de los derechos que *iure propio* corresponden a la representación del Estado que ampara el interés público.

Normalmente se consideraban derechos personales que se extinguían con el fallecimiento del autor, como ocurre todavía con alguno de ellos, como el de corregir la obra. La tutela de la memoria personal y obra del difunto se consideraban de índole moral correspondiente *iure propio* a determinados familiares. Pero actualmente se resalta el aspecto económico y la coincidencia de ambas posturas da lugar a una confusión acentuada.

Otros problemas pueden dimanar en el supuesto de ser varios los interesados ya sea vía *ius succesionis* ya *iure propio*. Sólo en supuestos bien concretos es posible discernir cuándo procede la acción conjunta y cuándo la disyuntiva.

Respecto a los restantes derechos de la personalidad ya se ha consignado que constituyen un complejo caleidoscópico, en el que multitud de derechos autónomos episódicos e incongruentemente regulados no ofrecen prácticamente base para agrupación.

Sin duda alguna derechos de la personalidad desaparecen con la muerte (protección física, actividad...), pero otros ya por vía sucesoria ya *iure propio*, por disposición directa de la ley, son objeto de tutela y algunos desde tiempos remotos, como el *ius sepulchri* o el *De corpore condendo*. La imagen, la intimidad, la memoria, el honor, la cesión de órganos y muchos otros además de los de disposición del cadáver (inhumación o incineración) y modalidad de sepultura.

Cuando es posible se respetan las disposiciones testamentarias o simplemente escritas del causante; entre otras la ley, sin otra *ratio* que el reconocimiento de la existencia de una difusa comunidad familiar, determina las personas a quienes

corresponde el ejercicio de las acciones correspondientes para la protección de los derechos enunciados y otros muchos de características similares, cuya *reductio ae unitatem* resulta imposible.

La obra termina con unos breves párrafos señalando las enormes discordancias existentes en esta materia, sobre todo al compararla con la sucesión común, cuyas normas sólo pueden considerarse supletorias o complementarias de las propias de tales derechos. La *analogía iuris* por medio de los intérpretes puede señalar las coincidencias esenciales entre las sucesiones ordinarias patrimoniales, las anómalas y las extrapatrimoniales.

La literatura concreta sobre el tema es escasa, aunque la obra es pródiga en citas bibliográficas y digresiones doctrinales. Un «Convegno» sobre la materia celebrado en Venecia en junio de 1988 señaló la necesidad de respetar más la condición de los bienes que los intereses de los beneficiarios. La sucesión monística, en su actual rigidez sistemática, es insostenible.

La conclusión, nada modesta, destaca la necesidad de una atenta lectura que no sólo invita al estudioso a profundas reflexiones sino que le introduce en espacios de la geografía jurídica poco explorados.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, J. CARLOS SÁNCHEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO J. ARANGUREN URRIZA, TOMÁS A. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ y F. JAVIER GARDEAZÁBAL DEL RÍO: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, 950 pp.

Después de enviada la reseña de esta obra a la REVISTA CRÍTICA, dos motivos me obligan a reformarla: en primer lugar, porque en un tiempo muy breve desde su aparición —apenas dos meses— se ha vuelto a editar, notablemente ampliada y actualizada —la primera edición tuvo en cuenta los proyectos de texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y de Reglamento del Registro Mercantil, y esta segunda los textos definitivos—; y en segundo lugar, porque el autor de estas líneas se ha visto convertido, inesperadamente y con gran honor y satisfacción, en prologista. Si invoco esta segunda razón, tan subjetiva, es para advertir que no he perdido la objetividad que debe presidir toda reseña bibliográfica, aunque tengo que confesar también que mi reseña se encuadraba en lo que Mario Benedetti llama «críticia cómplice» —que es, como el mismo autor advierte, la parte de una comunicación entrañable con la obra.

La primera edición de este libro apareció en las librerías cuando aún se reelaboraban las últimas versiones de los textos más rezagados de la reforma. A los pocos meses, agotada la primera edición, aparece esta segunda, revalorizada con la incorporación de nuevas reflexiones, y, lo que es más sorprendente, con la incorporación de la enseñanza que los autores, muy atentos a la breve experiencia de aplicación, han sabido ya extraer de ella. Los estudios que parten de otros anteriores sobre la misma materia tienen mucho andado; como advirtió Pascal, el orden es ya creación: «que no digan que no he hecho nada nuevo —potestaba frente a la crítica de una obra suya—: la disposición de los temas es nueva». Pues bien, en el extremo opuesto de esa mínima actividad creativa están las obras como la presente obra que irrumpen valientemente en la bibliografía, encabezando materias nuevas, adentrándose en los laberintos inexcrutados de las reformas.

Quienes se entregan a empresas tan arriesgadas y salen de ellas con éxito sólo pueden ser juristas que reúnen un doble rasgo: sólida formación profesional y continuada y vigilante atención al proceso legislativo. La primera característica se da con creces en los cinco autores, notarios con años —no siempre largos, pero en todo caso reflexivos— de dedicación al Derecho privado. La segunda característica la atestiguan los últimos números de las revistas jurídicas, que recogen valiosos artículos de Víctor M. Garrido de Palma sobre el Derecho proyectado, y la atestiguan las propias páginas de este libro, en que los cinco autores recurren con frecuencia a la evolución de anteproyectos y borradores para explicar el propósito del legislador.

Cuando la reforma legislativa constituye un nuevo paso de una evolución lineal, es decir, cuando el legislador incorpora a los textos la solución de los últimos problemas vividos por la sociedad que contempla, la reflexión de los autores puede partir de los precedentes y de su propia experiencia. Pero cuando la reforma da el paso en un sentido distinto del anterior, las dudas interpretativas se multiplican. Y en esta encrucijada hermenéutica se han visto situados los autores de la presente obra. Para mayor perplejidad del intérprete, el Derecho comunitario que irrumpe en nuestro Derecho interno tampoco es homogéneo. Recuérdese, por ejemplo, que a las primeras directivas de sociedades se las consideraba de filiación germánica, y a las últimas de ascendencia francesa. Pues bien, las más recientes —entre ellas la undécima y la duodécima— son de nuevo de la más absoluta raigambre germánica.

Sin embargo, los autores no se han visto sorprendidos por la heterogeneidad de las normas y las soluciones. Cuando unas u otras constituyen evolución del Derecho interno —es decir, cuando corresponden a la parte de «reforma parcial» a que hace referencia la Ley de 25 de julio de 1989—, los autores han ponderado la opinión de quienes han reflexionado sobre las normas derogadas; cuando la inspiración de los nuevos textos es extranjera, no han vacilado en acudir a la doctrina extranjera; y cuando algún texto es fruto de la sofisticada alquimia comunitaria, los autores de esta obra han meditado en soledad sobre su alcance.

El libro comienza con una doble reflexión comparada, que hace Víctor Garrido: la Ley de 1951 y la Ley de 1989; la nueva sociedad anónima y la renovada sociedad de responsabilidad limitada. A continuación aborda el mismo autor, bajo los epígrafes de génesis y personalidad de la sociedad anónima, escritura pública de fundación, ineficacia de la sociedad y cuentas anuales, gran parte de las mayores novedades de la reforma: la sociedad en formación, el nuevo régimen de la denominación, la garantía de veracidad de las aportaciones, el nuevo régimen estatutario, el nuevo y peculiar régimen de la nulidad y la normativa de las cuentas anuales y consolidadas.

José Carlos Sánchez González aborda, a lo largo de una exhaustiva exposición de más de 250 páginas, la nueva regulación de los dividendos pasivos de la acción. El marco normativo se ensancha: ya no es sólo la nueva Ley de Sociedades Anónimas la que debe tenerse en cuenta; el autor se adentra en la Ley del Mercado de Valores y en la Ley Cambiaria. Se contrasta la doctrina antigua con las normas nuevas, y no se elude ninguna de las dudas interpretativas que los nuevos textos plantean. Los temas de mayor complejidad práctica —transmisión de acciones, restricciones a la libre transmisibilidad y negocios sobre las propias acciones— se exponen con el mayor rigor.

El régimen sustantivo de los órganos sociales no ha sufrido una reforma notable con la nueva ley, porque el Consejo de las Comunidades sigue debatiendo su regulación europea. Francisco J. Aranguren Urriza ha centrado su exposición

en las escasas novedades sustantivas y en el nuevo régimen formal: acta notarial de la junta y certificación de acuerdos sociales. En el tema de mayor incidencia del Derecho comunitario, la relación entre objeto social y actuación de los administradores, aborda una interpretación directa del artículo 9 de la primera directiva, lo que le permite enjuiciar críticamente su traslado al artículo 76 de la Ley española. El estudio de la disolución es una interesante exposición del *status questionis*, y en especial de la doctrina sobre la sociedad unipersonal.

Tomás A. Martínez Fernández trata la modificación de estatutos en general, y las que son sin duda las dos modificaciones de mayor trascendencia en las sociedades capitalistas: el aumento y reducción del capital. Los preceptos de la ley se exponen en relación con los de segunda directiva de sociedades y con la más reciente jurisprudencia de la Dirección, que ha tenido ocasión de pronunciarse en los últimos diez años en más de una docena de casos sobre problemas estatutarios. Tanto los pronunciamientos jurisprudenciales como el minucioso desarrollo reglamentario se exponen con oportunidad y precisión.

La última parte del libro es obra de Francisco Javier Gardeazábal del Río, que aborda la transformación, la fusión y la escisión, así como el régimen fiscal de estas dos últimas operaciones. La dificultad inicial de estos temas es innegable: en figuras como la fusión internacional o la fusión-escisión llega a su culminación la ingeniería societaria. El autor diseccíona cada una de las operaciones —es quizá la parte de más minuciosas y eficaces clasificaciones de todo el libro (lo que revela la claridad y penetración del autor. «dime cómo clasificas y te diré quién eres», dice Roland Barthes)— y allana por esta vía esos muchos problemas iniciales. Debe destacarse de esta última parte el estudio de la concentración empresarial como marco general de la fusión y el examen de la compleja nulidad de la fusión.

Junto a la calidad de todas sus páginas, destacan tres aspectos en esta obra: la visión práctica de las cuestiones —que se pone de manifiesto a lo largo del libro, y de manera específica en un apartado que, bajo el epígrafe «aplicaciones prácticas», aparece al final de cada capítulo—, el análisis de las operaciones societarias desde la perspectiva fiscal, que se lleva a cabo tras el estudio de los aspectos sustantivos, y la abundante bibliografía que se ofrece —incluyendo conferencias recientes e inéditas sobre los textos proyectados y sobre la reforma misma, cuyas ideas se acogen en el texto.

La práctica reciente de que las normas entren en vigor «al día siguiente de su publicación» está forzando a una doctrina no menos diligente: el día siguiente al siguiente ha de aparecer el libro, para ayudar a una práctica diaria que no ha tenido tiempo de reflexionar. Esta obra ha madrugado más, y ha aparecido, en primera edición, en primera edición, antes que las normas que estudia. El beneficio que esta diligencia supone para el mundo jurídico es imponderable.

Y este beneficio se acrecienta ahora, porque en esta segunda edición los textos contemplados no son simples proyectos, sino textos oficiales, y la reflexión que se hace sobre ellos cobra mayor valor y aun mayor utilidad.

ANTONIO PAU PEDRÓN

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO
Núms. 541-42 (Octubre-Noviembre 1989), vol. I

La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles, por MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, pág. 6247.
Tradición y cambio en el proceso civil iberoamericano (a propósito de un «Código Procesal Civil modelo»*)*, por MANUEL ORTELLS RAMOS, pág. 6315.
El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés, por MARÍA ELENA ZABALO ESCUDERO, pág. 6351.
La incidencia de la intervención estatal en la actual configuración del Derecho privado, con especial referencia al Derecho internacional privado, por MARÍA TERESA ECHAZARRETA FERRER, pág. 6371.
Los límites de la facultad judicial de no suspensión del juicio oral en el proceso penal, por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 6417.
Comentario a la sentencia del caso Falwell v. Flynt, por GONZALO FERNÁNDEZ ATELA, pág. 6433.
La responsabilidad extracontractual de las Comunidades Europeas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por ALFREDO CALOT y otros, pág 6835.
La insuficiencia del embalaje y marcas de las mercancías transportadas en el seguro marítimo de facultades, por JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CARRIÓN, pág. 6919.
La problemática del retraso en el seguro marítimo de mercancías, por JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CARRIÓN, pág. 6931.

Núm. 543 (Diciembre 1989)

Comentarios a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, por ANA ISABEL LOIS CABALLÉ, pág. 7789.
Nuevas tendencias del Derecho de familia, por MARÍA DOLORES VILA CORO, pág. 7817.
Recursos contra los actos de aplicación de la Ley de Costas, por JOSÉ DÍAZ DELGADO, pág. 7833.
La objeción de conciencia al servicio militar y la objeción de conciencia fiscal, por JOSÉ MARÍA ALONSO-VEGA ALVAREZ, pág. 7855.
Sugerencias a una resolución judicial ante la solicitud de provisión del cargo de liquidador del patrimonio puesto a disposición de los acreedores, ante la dimisión del liquidador nombrado en el convenio, por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 8075.
El Fondo de Garantía Salarial ante los procedimientos concursales civiles, por JULIO CALVETBOTELLA, pág. 8085.
Efectos que produce la exclusión del Servicio Militar en las causas por deserción, por JUAN M. GARCÍA LABAJO, pág. 8095.
El contrato de transporte estipulado por medio de computador y su valor probatorio, por AELESSANDRA XERRI SALAMONE, pág. 8153.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO
Noviembre 1989

La nulidad matrimonial por incapacidad psíquica, por FELICIANO GIL DE LAS HERAS, págs. 923 a 937
Las Siete Partidas en la jurisprudencia del Estado norteamericano de Luisiana, por JAMES MANUS MCCAFERY, págs. 938 a 944.

Diciembre 1989

Naturaleza y tipos de propiedad industrial, por ARTURO CANGUI, págs. 1022 a 1038.
El Juez y la regla de Derecho, por ALFRED L. COBDEN, págs 1039 a 1050.

Enero 1990

El daño moral contractual, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, págs. 2 a 12.
La extinción de las obligaciones por confusión, por MARÍA ROSA LLACER MATACAS, págs. 13 a 38.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO
Núm. 115 (Octubre-Diciembre 1989)

Transportes y ordenación del territorio, por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 13.
La autofinanciación. Dos importantes errores en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, por J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 45.
La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la Planificación Territorial y Urbanística, por MARÍA TERESA POVEDA DÍAZ, pág. 73.
Función de la carga real sobre las fincas de la gestión urbanística en el sistema de compensación, por FERNANDO RODRIGO MORENO, pág. 99
Dictamen pericial sobre desestimación de recurso de alzada, por JORDI GRIÑO SANS.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA
Núm. 240 (Octubre-Diciembre 1988)

La autonomía Local, por FRANCISCO SOSA WAGNER, pág. 1623.
Autonomía foral y competencias sobre Administración Municipal en Navarra, por DEMETRIO LOPERENA ROTA, pág. 1637.
Fundamento constitucional de la Ley del Suelo de Galicia, por JOSÉ MARÍA DÍAZ LEMA, pág. 1683.
La Función Pública Local en Europa: Caracteres y tendencias, por VICENTE MARÍA GONZÁLEZ-HABA GUISADO, pág. 1719.
Notas sobre el retracto administrativo y su régimen jurídico. Situación del Ayuntamiento Beneficiario, por JUAN ANTONIO ALVAREZ MARTÍN, pág. 1741.

La impugnación de los actos de la administración por jubilación anticipada de los Funcionarios Públicos, por ERNESTO GARCÍA ARILLA, pág. 1747.
Los grandes problemas nacionales e internacionales a través de la documentación municipal de los pueblos, por MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, pág. 1765.

Núm. 242 (Abril-Junio 1989)

Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas contra el régimen de las poblaciones, por LEOPOLDO TOLIVAR ALAS, pág. 257.
La elección o nombramiento y cese del alcance: Historia legislativa régimen actual, por ANTONIO MARTÍNEZ MARÍN, pág. 283.
Ley de Diputaciones y mayoria absoluta, por PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, pág. 337.
Sobre la potestad normativa de las Comunidades Autónomas, por FEDERICO TORRES CRUDI, pág. 351.
La actividad de la Administración central y de las Comunidades Autónomas, por E. CASADO IGLESIAS, pág 379.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 1 de 1990

Constitución española y Acuerdo jurídico entre Estado español y Santa Sede, por JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE, pág. 9.
Notas sobre el tratamiento legal de la —diffinitio— en el artículo 50 de la Compilación Balear y en los artículos 50 y 51 del Proyecto de reforma, a la luz de sus antecedentes históricos, por MARÍA PILAR FERRER VANRELL, pág. 29.
El contrato de permuta financiera (Swap Agreement), por LUIS COSTRA RAN, pág. 55.
Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado según la Ley 4/1983, de 9 de marzo, de cooperativas de Cataluña. por ANGEL MARÍA ECHEVERRÍA TORRECILLA, pág. 79.
El derecho a la información de los Diputados en el ordenamiento parlamentario español, por JAVIER PADROS I CASTILLÓN, pág. 99.
Aproximación práctica a algunos aspectos del nuevo Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, por JOSÉ LUIS CORNET JULIA, pág. 165.
Del reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, por MANUEL LEÓN GONZÁLEZ, pág. 175.
La postura por escrito en pliego cerrado en las subastas, por JUAN MANUEL TORNE Y GARCÍA, pág. 197.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 126 (Enero-Junio 1989)

Los laicos en el nuevo Código de Derecho Canónico. Temática actual, por JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO, pág. 7.

La figura del laico en el Sínodo Episcopal de 1987, por JULIO MANZANARES, pág. 69.
La participación de los laicos en los órganos de gobierno de la Iglesia (con especial referencia a la mujer), por MARÍA ELENA OLMOS ORTEGA, pág. 89.
Una colección de documentos del Concilio de Constanza, por ISAAC VÁZQUEZ JANEIRO, pág. 115.
Fiestas y devociones en la Catedral de Sevilla a través de las concesiones medievales de indulgencias, por JOSÉ SÁNCHEZ HERRERO y MARÍA CARMEN ALVAREZ MÁRQUEZ, pág. 129.
I sinodi diocesani del Post-Concilio, por SILVIO FERRARI, pág. 179.
Reflexiones sobre el documento —Estatuto teológico y jurídico de las conferencias episcopales—, por JULIO MANZANARES, pág. 189.
Aspectos económicos de los beneficios fiscales de la Iglesia Católica en el caso del IVA, por MIGUEL ANGEL PUCHADES NAVARRO, pág. 203.
La libertad religiosa tras un decenio de constitución, por MARÍA ELENA OLMOS ORTEGA y MARGARITA VENTO TORRES, pág 235.
Nuevas publicaciones sobre la fe y el sacramento del matrimonio entre bautizados, por FEDERICO R. AZNAR GIL, pág. 255.
El MP —Sollicita cura—: Aspectos históricos, eclesiásticos y procesales. Texto y comentario, por JOAQUÍN LLOBELL, pág. 263.
El MP —Iusti Iudicis. Texto y comentario, por JUAN LUIS ACEBAL LUJÁN, pág. 279
Boletín de legislación canónica particular española, 1988, por FEDERICO R. AZNAR GIL, pág. 289.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO
Núm. 13 (Julio 1988-Agosto 1989)

El Acta Unica Europea y la Agricultura, por JAIME LAMO DE ESPINOSA, pág. 5.
La adhesión de España a la CEE y la Agricultura, Pesca y Alimentación, aspectos jurídicos, por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, pág. 23.
El Derecho comunitario regulador de los precios y de las producciones agrarias. Antecedentes, principios generales y orientaciones actuales, por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, pág. 32.
La interprofesión, por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, pág. 35.
Agrupaciones de productores agrarios, por MARÍA DESAMPARADOS LLOMBART BOSCH, pág. 39.
Coopertivas de comercialización, por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, pág. 49.
Cómo se ve el futuro de la industria agroalimentaria por la industria, por VICENTE MORTES ALFONSO, pág. 53.
La industria agroalimentaria y la nueva PAC, por JORGE JORDANA BUTTICAZ DE POZAS, pág. 57.
Las nuevas orientaciones de la Política Agraria Comunitaria: algunas experiencias y reflexiones, por TOMÁS GARCÍA AZCÁRATE, pág. 60.
IV Congreso Internacional de Derecho Agrario, por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, pág. 65.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA
Núm. 900 (Septiembre-Octubre 1988)

La mujer y el notariado, por LA REDCCIÓN, pág. 1015.
Responsabilidad disciplinaria notarial, por MIGUEL N. FALBO, pág. 1019.

El fideicomiso, por ALFONSO NOVALES AGUIRRE, pág. 1045.
Los recursos contenciosos registrales, por ALICIA FERNÁNDEZ DE CARBALLO y otros, pág. 1073.
La función notarial frente al fenómeno inflacionario y sus medios de corrección, por NÉSTOR O. GÓMEZ, pág. 1139.

Núm. 901 (Noviembre-Diciembre 1988)

El artículo 11 de la Ley 19.134, inc. «c» y la función notarial, por ZULEMA D. WILDE y SUSANA M. MELLID, pág. 1251.
Análisis respecto a la validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual, por CRISTINA N. ARMELLA y otros, pág. 1257.
Leyendo las nuevas constituciones, por PEDRO J. FRÍAS, pág. 1325.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIARIO DO BRASIL

Núm. 23 (Junio 1989)

Algumas Linhas sobre a Dúvida no Registro de Imóveis, por BENEDITO SILVEIRO RIBEIRO y RICARDO HENRY MARQUES, pág. 7.
O Direito de Superficie como Instrumento de Planificaïao Urbana no Brasil, por FEDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA, pág. 23.
Reflexos de Inventário e Partilha no Registro, por AFRANIO DE CARVALHO, pág. 33.
De Neccessidade de Caracterizaïao do Remanescente no Desmenbramento de Imóveis, por NICOLAU BALBINO FILHO, pág. 39.
Registro de Actos relativos a Ferrovias: Uma Questao em Aberto, por CAIO HILTON DE FREITAS TEIXEIRA, pág. 46.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Núms. 7 a 12 (Julio a Diciembre 1987)

El instituto de la conversión del negocio jurídico nulo en el derecho positivo nacional, por E, CAFARO, pág. 7.
El divorcio en el Derecho Internacional Privado, por D. TERRA CORBO, pág. 16.
Naturaleza jurídica de la promesa de compraventa, por L. A. VIERA, pág. 27.
La acción pauliana y la partición, por R. MOLLA, pág. 36.
Vínculo jurídico entre el contrato preliminar y el definitivo, por T. GNAZZO, pág. 45.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 183 (Enero-Junio 1988)

La Regionalización, por TELMO GARCÍA D., pág. 7.
La subsanación del acto procesal irregular, por JULIO SALAS V., pág. 25.

Consideraciones en torno a la discriminación de la mujer en el trabajo, por MAFALDA MURILLO, pág. 33.
Disposiciones constitucionales obstaculizadoras de la normalidad democrática, por LAUTARO RIOS, pág. 39.
El Impuesto al Valor Agregado y los exportadores, por ELIZABETH EMILFORK, pág. 59.
Convenio judicial y giro doloroso de cheques, por RICARDO SANDOVAL L., pág. 73.
Una visión de la idea de paz, por JOSÉ BIDART H., pág. 77
Algunos aspectos procesales relacionados con la prescripción de la acción ejecutiva, por ELIODORO ORTIZ S., pág. 83.
Ley interpretativa, por CARLOS ALVAREZ N., pág. 95.

NOTICIAS CEE
Núm. 59 (Diciembre 1989)

La banca española y el Acta Unica: Análisis y perspectivas, por EMILIO BOTÍN, pág. 11.
Sobre el desarme arancelario en las Islas Canarias, por DIEGO LOZANO ROMERAL, pág. 17.
El PNBpm en el sistema de recursos propios comunitarios, por ALFONSO UTRILLA DE LA HOZ, pág. 23.
El contrato público de suministro: su delimitación en Derecho Comunitario Europeo, por JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, pág. 35.
La protección jurídica de los circuitos integrados en el contexto internacional: la Conferencia Diplomática de Washington de mayo de 1989, por JOSÉ DANIEL VILA ROBERT, pág. 43.
El régimen jurídico comunitario del transporte aéreo, por MARIO CABALLERO CLAVIJO, pág. 61.
Régimen jurídico de los servicios internacionales de lanzadera, por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 73.
La difícil construcción de un espacio europeo de la seguridad vial, por MIGUEL MUÑOZ MEDINA, pág. 77.
Política comunitaria sobre Medio Ambiente en el año 1988, por FERNANDO FUENTES BODELÓN, pág. 81.
Legitimación del Parlamento Europeo para interponer el recurso de anulación, por MANUEL IGLESIAS CABERO, pág. 91.

Núm. 60 (Enero 1990)

La presidencia española de las Comunidades Europeas: un balance tentativo, por MARÍA TERESA BAREA, pág. 11.
Comentario a la Directiva de 17 de abril de 1989 por la que coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables, por LUIS DE CARLOS BELTRÁN, pág. 21.
Propuesta de Directiva sobre ofertas públicas de adquisición (OPA), por JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y ALBERTO TAPIA HERMIDA, pág. 25.
El régimen jurídico comunitario del transporte aéreo (II), por MARIO CABALLERO CLAVIJO, pág. 35.

Régimen jurídico de los servicios públicos discrecionales de transporte de viajeros por carretera de carácter internacional, por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 57.
Economía, Energía y Europa. El Sector Eléctrico ante el reto de Europa, por JOSÉ ANTONIO GARRIDO, pág. 67.
La energía y el Mercado Unico Europeo, por EMILIO ZURUTUZA REIGOSA, pág. 75.
Crónica Tributaria de la CEE: noviembre de 1988 a enero de 1989, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 81.
La Decimoctava Directiva sobre IVA, por ALBERTO MARTÍNEZ GENIQUE, pág. 89.
La fiscalidad de los capitales a la luz de su libre circulación, por RAFAEL TERMES CARRERO, pág. 101.

Núm. 61 (Febrero 1990)

España y Europa después de 1993. Infraestructuras y Turismo. Iniciativas para competir en Europa, por JOSÉ BARRIONUEVO PEÑA, pág. 11.
Posibilidades de control de los Estados miembros sobre los movimientos de capital y pagos corrientes liberalizados en la CEE, por JORDI FAUS SANTASUSANA, pág. 19.
Innovación financiera, liberalización de los movimientos de capitales y fiscalidad comunitaria, por ALEJANDRO FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, pág. 29.
Hacia la liberalización de los movimientos de capitales en la Comunidad Económica Europea: la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio, por FEDERICO F. GARAU, pág. 37.
La libertad de circulación de capitales en la doctrina y legislación alemanas, por ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO y JOHANN CHRISTIAN PIELOW, pág. 45.
Retención en origen sobre los intereses, por JOSÉ ANTONIO LARRAZA ESCOBAR, pág. 51.
Los préstamos financieros y la Circular 1/1989 del Banco de España en el marco de la normativa española y comunitaria, por LUPICINIO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y EDUARDO GRACIA ESPINAR, pág. 55.
Las inversiones en España de las entidades públicas extranjeras, por FERNANDO VON CARSTENN LICHTERFELDE, pág. 67.
El Convenio de Adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de sentencias, por JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, pág. 75.
La interpretación del convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por MIGUEL VIRGOS SORIANO, pág. 83.