

# Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Colaboran: Isabel ARANA DE LA FUENTE  
Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ  
Gabriel GARCÍA CANTERO  
Javier LARENA  
Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ  
Virginia MURTULA LAFUENTE  
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ  
Joaquín SÁNCHEZ CEBRIÁN

## I. DERECHO CIVIL

### 2. DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derechos fundamentales y libertades públicas. Límites.**— La colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidad familiar e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a su enjuiciamiento.

**Derecho a la información.** Según doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional el derecho a la libertad de información, como regla general, debe prevalecer sobre los derechos a la intimidad y honor cuando la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general, y además no sea ejercitada de manera desmesurada y exorbitada (Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1990 y del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1989 y de 16 de junio de 1990).

**Derechos al honor e intimidad. Intromisiones legítimas.**— Esta Sala tiene declarado que el honor, junto con la intimidad y la propia imagen, son valores absolutos, permanentes e inmutables, pero su tutela efectiva puede aparecer en algu-

nos casos, limitada por ciertos condicionantes que provengan de las leyes, de valores culturales de la sociedad en cada momento, y de un modo especial del propio concepto que cada persona tenga respecto de sus particulares pautas de comportamiento, por lo que quien malbarata estos derechos, o no sea celoso de los mismos no será acreedor a la protección jurídica, si bien ésta ha de predicarse de toda persona, en tanto no se demuestre lo contrario. Asimismo la existencia de determinados hechos que puedan ser constitutivos de un consentimiento de su titular excluiría la antijuridicidad de la acción. (STS de 11 de abril de 1992; ha lugar).

HECHOS.— En el periódico «Heraldo de Aragón», bajo el título «Las aventuras de Teresa G.» aparece una serie de afirmaciones que a juicio de la misma y de su marido —quien, también, en el artículo aparecía vinculado a ciertos hechos del pasado—, vulneran sus derechos sobre el honor e intimidad, y en virtud de ello interponen demanda contra la empresa editorial y su director. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia reconociendo la existencia de una intromisión a los derechos al honor e intimidad y con ello estima la indemnización de daños y perjuicios solicitada por los actores en la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación presentado por los demandantes, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (J.A.M.M.).

**2. Derecho al honor. Su aplicación a personas jurídicas.**— Es cierto que el derecho al honor, reconocido como fundamental en el art. 18.1 de la Constitución de 1978, deriva de la dignidad humana —la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes fundamentan el orden político y la paz social, art. 10.1— y consecuentemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero ello no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles. En efecto, admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección (sentencia de 23 de marzo de 1987), no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desenvolvimiento de sus actividades.

**Libertad de información. Límites.**— La libertad de información no tiene carácter absoluto sino que goza de aquella protección en cuanto versa sobre informaciones veraces, al menos en sus aspectos esenciales que, precisamente por serlo, si se expresan sin innecesarias vejaciones, no pueden entenderse como intromisiones ilegítimas en el ámbito del honor. (STS de 15 de abril de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Una entidad mercantil formuló demanda sobre protección del derecho al honor y a la propia imagen contra la Editorial Menorca y el Grupo Balear de Ornitología y Defensa de La Naturaleza (G.O.B.) solicitando que fuere declarada la existencia de una intromisión a los re-

feridos derechos como consecuencia de la imputación de unas calificaciones y hechos que afectaron gravemente a la estima pública de dicha entidad mercantil en el ámbito de su actividad profesional; y sean condenados los demandados a abonar solidariamente a la parte demandante la cantidad de doce millones de pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios y daños morales causados, todo ello con expresa imposición de costas.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando como único responsable al G.O.B., en la cantidad de seis millones de pesetas, así como al pago de las costas procesales causadas.

Ante la interposición del recurso de apelación por el G.O.B., y adhesión al mismo de la Editorial Menorca, la Audiencia Provincial dicta sentencia revocatoria en los extremos siguientes: a) La indemnización a favor de la entidad actora, a satisfacer por la parte demandada G.O.B., se fija en la cantidad de un millón de pesetas. b) Las costas originadas por la Editorial Menorca deberán ser satisfechas por la parte actora. c) La entidad actora y el G.O.B. satisfarán, cada uno de ellos, las costas causadas a su instancia en aquél primer grado jurisdiccional, y las comunes por mitad. En los demás extremos se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia. No prospera el recurso de casación interpuesto por el G.O.B. (*J.A.M.M.*).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**3. Distinción entre inexistencia y nulidad radical del contrato respecto de la anulabilidad.**— Según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de marzo de 1966 y 29 de abril de 1986, tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta el negocio jurídico sólo ha tenido una vida aparente, a causa de lo cual se suelen incluir los dos conceptos dentro del capítulo genérico de la nulidad, distinta de la simple anulabilidad de que tratan los arts. 1.300 y siguientes del Código civil.

**Debe rechazarse la cuestión nueva, planteada por primera vez en el recurso de casación, por producir indefensión.**— Dicha pretensión formulada en el presente recurso de casación de considerar a lo consignado en el tan repetido documento de 28 de enero de 1980 como una donación, para el supuesto de que no se acogiese como significativo de la opción de compra y arrendamiento pretendida a medio de la reconvenición aludida formulada en su momento procesal por el meritado demandado, ahora recurrente, Don José Fernández Velasco, es una cuestión nueva que, como de tal índole, no es susceptible de ser planteada en el presente extraordinario recurso, porque, según tiene declarado esta Sala en sentencias entre otras de 28 de enero, 14 de marzo, 12 de julio y 27 de noviembre de 1986, 3 de marzo, 12 de mayo y 27 de junio de 1987, 16 de marzo, 18 de abril y 17 de octubre de 1988 y 23 de mayo, 25 de junio y 20 de noviembre de 1990, no

es de tener en cuenta en casación las cuestiones que no hubieran sido planteadas adecuadamente en la fase oportuna, pues que sólo pueden serlo en ella los que lo hayan sido en el juicio de que se trata, debido a que el no entenderlo así significaría resolver sobre cuestiones que no han sido adecuadamente conocidas por la parte contraria, a quien no se daría posibilidad de constatarlas y articular la prueba correspondiente y que el hacerse supondría una indefensión de la parte adversa que contraría al tenor literal del art. 24.1 de la Constitución Española.

**En la simulación relativa, para que exista el contrato disimulado es preciso que reuna todos los requisitos legales.**— Si bien de conformidad con reiterada doctrina de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 20 de diciembre de 1963, 14 de enero de 1966 y 8 de marzo, 9 de mayo y 28 de octubre de 1988, es de admitir la validez de los contratos «disimulados», es decir, del que subyace bajo la apariencia del otro, sin embargo el negocio disimulado ha de reunir todos los requisitos legales, y entre ellos el tener causa verdadera y lícita como el de reunir las condiciones formales precisas, exigencia esta última que, en todo caso, no se da en el presente caso al pretenderse deducir existencia de la alegada donación del contenido del tan mencionado documento privado de 28 de enero de 1980.

**La interpretación de los contratos es facultad privativa de los órganos judiciales de instancia, a menos que resulte ilógica o vulneradora de algún precepto legal.**— Como reiteradamente tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 23 de septiembre, 8 de octubre y 16 y 21 de diciembre de 1987, 1 de junio, 20 de septiembre, 14 de octubre y 21 de noviembre de 1988 y 15 de febrero y 9 de marzo de 1990, la interpretación de los contratos y negocios jurídicos constituye facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, a menos que tal exigencia resulte ilógica o vulneradora de algún precepto legal.

**Nulidad por error en el consentimiento.**— La intención de los cónyuges que figuran otorgando el indicado documento, no fue en modo alguno otorgar la pretendida opción a favor de su hijo Don José Fernández Velasco, siendo formado el aludido contrato por ignorancia y por la confianza que tenían en él, evidentemente desvirtúa la aducida infracción denunciada por el recurrente de los arts. 1.265 y doctrina legal concordante en relación con los 1.266, 1.267, 1.268, 1.269 y 1.270 del Código civil, pues esa apreciación judicial no adecuadamente desvirtuada vinculadamente en casación, revela en definitiva consentimiento prestado por error con la consecuencia de nulidad que proclama el referido art. 1.265 del Código civil. (STS de 24 de febrero de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**— Cuatro hermanas demandaron a otras dos personas, ejercitando la acción de división sobre una finca. Uno de los demandados formuló reconvencción, alegando que en fecha anterior a la del título de las demandantes —donación recibida de los padres— había celebrado con sus padres, entonces propietarios de la finca, un contrato de opción de compra y de arrendamiento, solicitando por ese motivo que se declarara la nulidad de la donación en favor de las actoras. Se acoge la demanda y

se rechaza la reconvencción por considerarse nulo el contrato privado esgrimido por el demandado y reconviniente.

NOTA.— Existe una contradicción entre los razonamientos del fundamento jurídico segundo (se defiende la inexistencia del contrato privado controvertido por falta de consentimiento y de causa) y los del fundamento jurídico tercero (se postula la nulidad por error en el consentimiento). También es contradictoria la nulidad por error en el consentimiento (que exige buena fe o desconocimiento del que padece el vicio) con la simulación relativa de la que se habla en el fundamento jurídico segundo (en donde habría perfecto conocimiento de lo que se pretende realizar) (*L.F.R.S.*).

**4. Novación.**— Dice la S. de 10 de febrero de 1990 que es doctrina reiterada de esta Sala que la novación nunca se presume ni puede inferirse de nuevas deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar; igualmente es doctrina legal que la facultad de establecer si se dan o no los presupuestos de la novación, tanto extintiva como modificativa, reside en los Tribunales de instancia a cuyo criterio ha de estarse, en tanto no se ataca por la vía adecuada, siendo facultad propia y peculiar de la Sala sentenciadora la cuestión relativa a la apreciación de los hechos determinantes de la novación.

**Declaración de obra nueva: Naturaleza jurídica: Carece de carácter contractual.**— Partiendo de los arts. 208 L.H. y 308 R.H., la declaración de obra nueva se configura como una manifestación del propietario de una finca inmatriculada en el Registro de la Propiedad, en la que se hace constar «las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana», a los fines de su inscripción, sin que esa naturaleza de medio inmatriculador de la obra nueva que presenta su declaración, resulte alterada, ya se haga mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la edificación o mejora, y en ambos casos se contrae a la descripción de las circunstancias físicas o materiales; por ello, la doctrina científica viene reconociendo que esta declaración de obra nueva carece de valor negocial y no implica cambio jurídico alguno.

**Novación modificativa.**— No puede sostenerse que el negocio originario de cesión de los derechos de elevación fuera renovado modificativamente por las declaraciones de voluntad emitidas en la escritura pública de obra nueva, dado el carácter no contractual de esta última, y sí sólo de naturaleza puramente registral, no siendo obstáculo que tal declaración se haga en escritura pública otorgada por las partes que intervinieron en el contrato originario al estar éste inscrito.

**Cumplimiento «in natura» del contrato de cesión del derecho de edificación.**— Rechazado el efecto novatorio de la declaración de obra nueva, las partes

litigantes vienen obligadas a dar exacto cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato originario, a tenor de los arts. 1091, 1255 y 1258 C.c. y, por tanto, deberá hacerse entrega al recurrente de la prestación a él debida por la cesión del derecho de edificación; concretamente, la entrega de la mitad de la planta baja en la forma pactada, habida cuenta de que ello no vulneraba las Ordenanzas Municipales, y en tal forma debió ser hecha aquélla una vez rectificado el error padecido en la concesión de la licencia municipal antes de la finalización de las obras; otra cosa supondría romper el equilibrio de las recíprocas prestaciones libremente pactadas y dar lugar a un enriquecimiento injusto a favor del cesionario (STS de 27 de junio de 1992, ha lugar).

NOTA.— El contrato básico tenía por objeto la cesión de los derechos de elevación sobre el solar propiedad del cedente a cambio del 50% de la planta baja del edificio a construir conforme a la autorización municipal y las Ordenanzas aplicables en la zona. Parece que, en realidad, lo cedido era la propiedad del solar mediante la contraprestación indicada, contrato que inicialmente se calificó de permuta de cosa presente por cosa futura, pero que las últimas decisiones jurisprudenciales prefieren calificarlo de contrato atípico. La s. extractada confirma la validez y eficacia de tal contrato con base en los arts. 1091, 1255 y 1258 C.c. con obligación de cumplimiento *in natura* dada su adecuación a la normativa urbanística aplicable. La calificación de la declaración de obra nueva, con efectos limitados al ámbito registral, sin que constituya en ningún caso un negocio jurídico sustantivo, es acertada y conforme con la doctrina autorizada (cfr. Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, II<sup>7</sup>, p. 541 s.; Lacruz-Sancho Rebullida, *Derecho inmobiliario registral*, p. 84). El litigio surge por una resolución municipal que reduce la superficie edificable de la planta baja en relación con lo pactado, y que sirve de base a la declaración de obra nueva. El constructor pretende que ésta había supuesto una novación modificativa del contrato primitivo, reduciéndose apreciablemente su prestación. Dado que el Ayuntamiento rectifica posteriormente su acuerdo, la s. otorga plena virtualidad a lo convenido pues en otro caso se daría lugar a un enriquecimiento injusto en beneficio del constructor. (G.G.C.).

**5. Excepción de incompetencia territorial.**— La modificación sufrida por el art. 533 de la L.E.C. en virtud de la Ley 6-8-1984, que hizo desaparecer del catálogo de las excepciones la incompetencia territorial, manteniendo exclusivamente la falta de competencia objetiva o funcional, nos lleva a entender que el art. 79.1.º de la misma Ley conforme al cual «las declinatorias se sustancian como excepciones dilatorias o en la forma establecida para los incidentes», queda reducido a su segunda parte, en lo referente a la incompetencia territorial, puesto que ésta no está enumerada como excepción dilatoria, y por tanto no rige para ella el art. 687 de la L.E.C. en lo referente a su proposición en los Juicios de Menor

Cuantía; debiendo plantearse la cuestión de incompetencia antes de contestar a la demanda, pues de otro modo se incurriría en la sumisión tácita del art. 58.2.º del mismo texto.

**Intereses moratorios. Intereses procesales.**— Partiéndose de la naturaleza de la acción que se ejerció —indemnizatoria de daños y perjuicios— se trataba de una deuda sujeta a depuración, liquidación y concreción, a través de un necesario procedimiento judicial, y por ello la concesión de los intereses legales no pudo referirse a la fecha de la interposición de la demanda, momento en que aún no se había constituido en mora la parte demandada, ya que no existía cantidad líquida y determinada a satisfacer (art. 1100 y 1108 del C.c.). La liquidez se produce por primera vez en la fecha de la sentencia de apelación, y a partir de ese momento, habida cuenta de su no modificación posterior, la cantidad objeto de la condena devengará los intereses que determina el art. 921 de la L.E.C. hasta su total ejecución (sentencias de 8-3; 12-3 y 22-6-1991; 25-2 y 23-3-1992). (STS de 30 de diciembre de 1992, ha lugar).

**HECHOS.**— Se reclama una cantidad indemnizatoria por los daños y perjuicios causados a consecuencia del suministro de simientes no idóneas para su utilización en la agricultura.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad demandada a abonar determinadas cantidades a los demandados más sus intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y rebajó las indemnizaciones concedidas en primera instancia. El Tribunal Supremo casó el recurso admitiéndolo en materia del devengo de los intereses procesales.

**NOTA.**— Es paradigmática esta sentencia en el sentido de considerar que concurre el requisito de liquidez del art. 921 de la L.E.C. desde la fecha de sentencia de la apelación, cuando ya la sentencia de primera instancia condenaba al pago de una cantidad determinada (en sentido contrario ver sentencia de 18-5-1988; 20-12-1988 y 21-11-1989). De esta forma nuestro Alto Tribunal ha hecho uso de su «prudente arbitrio» conforme a la cláusula contenida en el último párrafo de dicho artículo prevista para los casos de revocación parcial. (V.M.L.).

**6. Principio de congruencia.**— El motivo resulta no adecuadamente planteado, al utilizarse el cauce procesal del n.º 5 del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil y no obstante las dudas que puede ofrecer el art. 359 de la L.E.C. sobre su posible contenido sustantivo; la argumentación sólo procede por el número tercero de dicho artículo, conforme doctrina constante y reiterada de esta Sala (sentencias de 21 de noviembre de 1989, 16 de julio de 1990, 11 de febrero y 4 de marzo de 1991).

El derecho a reconvenir de la parte demandada, sólo lo puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de la demanda y ha de conducirse contra el que demandó.

La incongruencia conforme doctrina positiva (sentencias de 20 de octubre de 1986, 4 de diciembre de 1987, 7 de junio de 1989 y 30 de abril de 1991), sólo alcanza relevancia cuando las resoluciones judiciales alteran el debate judicial de manera muy decisiva, al contener decisiones no ajustadas sustancialmente a su propio contenido y recíprocas pretensiones de las partes.

**Motivo de casación n.º 5 del art. 1692 de la L.E.C.**— No cabe acogerse al recurso de casación para realizar una nueva apreciación de pruebas que la Sala ya tuvo en cuenta y valoró con acierto jurídico en su conjunto..., por lo que ha de seguirse el norte doctrinal de esta sala que de forma reiterada viene declarando que las cuestiones de daños y perjuicios, son de hecho y corresponde su apreciación al tribunal sentenciador de la instancia. Así mismo la doctrina positiva sobre interpretación y alcance del artículo 1214 del Código Civil es unánime en proclamar que el precepto no contiene norma alguna sobre valoración probatoria, asistiéndole naturaleza más bien adjetiva que propiamente sustantiva y no es apto para amparar recurso de casación, salvo en el supuesto, que no ocurre en el caso presente, de darse falta de pruebas.

**Intereses moratorios. Iliquidez de la deuda. Devengo «ope legis» y otorgamiento de oficio de los intereses previstos en el art. 921 de la L.E.C.**— La situación técnica de mora sólo concurre cuando la liquidez es anterior a la resolución judicial decisoria y no cuando procede de ésta, lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a entender por aplicación del vocablo «in illiquidis non fit mora», que tal requisito no concurre cuando la determinación de la suma depende del pleito que establece la misma.

La concurrencia de intereses moratorios no excluye que procedan los de naturaleza procesal que prevé el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos surgen «ope legis», sin necesidad de petición (sentencias de 25 de noviembre de 1986, 19 de abril de 1989, 5 de marzo de 1990 y 12 de marzo de 1991) y han de ser contabilizados en base a la cantidad cierta a que se condenó a ser satisfecha por la parte obligada como deudora de la misma y desde la fecha de la sentencia de apelación («dies a quo»), pues la empresa recurrida no aceptó la misma y no mostró disponibilidad a su satisfacción inmediata desde el momento en que pretendió recurrir en casación, cuya petición no prosperó, al haberle caducado el derecho y tenerse por perdido el recurso (STS de 29 de febrero de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**— La empresa «Construcciones Mecánicas Duch S.A.», interpone demanda solicitando la resolución de un contrato de distribución y venta de un producto en exclusiva y reclama por diversos conceptos la cantidad de 7.378.981 pts. más sus intereses a la sociedad «Red-Car S.A.». Esta contestó a la demanda y formuló reconvenición tanto contra «Duch S.A.» como contra D. Cipriano Duch —propietario «de facto» de la primera— solicitando, además de la resolución del contrato, la canti-

dad de 11.582.511 pts. con sus intereses en concepto de indemnización de daños y perjuicios y por diversas cantidades debidas.

El Juzgado de Primera Instancia de Gerona, acogiendo la excepción de incompetencia formulada por «Red-Car S.A.», desestimó la demanda. La sociedad demandante interpuso recurso de apelación ante la entonces Audiencia Territorial de Barcelona. Habiendo resuelto en alzada la Audiencia Provincial de dicha capital, estimó parcialmente la demanda y la reconvenición, condenando a la sociedad demandada a pagar a la recurrente 3.477.559 pts. El Tribunal Supremo casó la sentencia apreciando que había lugar a la reclamación de los intereses del art. 921 de la L.E.C.

NOTA.— ¿Por qué nuestro Tribunal Supremo sigue manteniendo el criterio de liquidez para los intereses moratorios, cuando el artículo 1108 del Código Civil nada dice al respecto; y por el contrario aprecia de oficio los intereses del artículo 921 de la L.E.C. desde la primera sentencia que condena a una «cantidad líquida», siguiendo un criterio de liquidez distinto para ambos supuestos?

La exigencia del requisito de liquidez para apreciar la existencia de los intereses moratorios ha sido criticada por un sector importante de la doctrina (en este sentido ver Ruiz-Rico Ruiz, «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios» en *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1990, p. 1903 y ss.; íd., *C.C.J.C.*, n.º 16, p. 121 y ss.; íd., *C.C.J.C.*, n.º 21, p. 1076 y ss.; Doral y Marina, *A.D.C.*, 1980, p. 539 y ss.), y encuentra su base fundamental en la ausencia por parte del mismo art. 1108 del C.c. de tal requisito.

Para nuestro Tribunal Supremo hay liquidez, como señala Ruiz-Rico Ruiz (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, p. 788), cuando el acreedor, habiendo pedido en la demanda el pago de una cantidad determinada o determinable por una o varias operaciones aritméticas y que justifique documentalmente, ha visto satisfechas sus peticiones en una sentencia que condene al deudor a pagar precisamente esa cantidad (ni una peseta más, ni una peseta menos). Según este mismo autor, la razón última que llevó y lleva al T.S. a mantener este requisito de liquidez, es el hecho de encontrar en él la única posibilidad de compensar el carácter objetivo que poseen los intereses moratorios y que excluyen la prueba de cualquier inimputabilidad por parte del deudor.

Esta tendencia tuitiva que ha manifestado desde siempre el Alto Tribunal en favor del deudor y concretado ahora en el campo de los intereses moratorios conlleva ciertamente a la desnaturalización de un precepto como el art. 1108 del Código civil cuya finalidad última es establecer una indemnización «a forfait» por el incumplimiento de un determinado tipo de obligación, la obligación pecuniaria, independientemente de la existencia o no de culpa por parte del deudor (ver en este sentido Doral y Marina, *A.D.C.*, 1980, p. 542 y ss).

Ya va siendo hora de que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo cambie de rumbo en materia de intereses moratorios. Si la inercia de la costumbre le lleva a no querer suprimir el requisito de la liquidez para apreciar la aplicación del art. 1108 del C.c., sería aconsejable que recoja el más amplio criterio que parece haberse consolidado en la aplicación del art. 921 de la Ley Procesal Civil, y considere que hay cantidad líquida desde el momento en que se condena en primera (o ulterior) instancia al deudor al pago de una determinada suma de dinero (ver por todos, Ruiz-Rico Ruiz, *C.C.J.C.*, n.º 21, p. 1081 y ss.). (*V.M.L.*).

**7. Rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores. Requisitos para la efectividad de la acción rescisoria o pauliana. Interpretación jurisprudencial de los artículos 1.111, 1.291-3.º, 1.294 y concordantes del Código Civil.**— Para la efectividad de la acción rescisoria o pauliana, con reintegro al patrimonio del deudor de los bienes que se hayan enajenado en fraude de acreedores, es doctrina positiva de la Sala, en interpretación de los artículos 1.111, 1.291-3.º, 1.294 y concordantes del Código Civil, que han de concurrir los siguientes requisitos:

— «La existencia de un crédito a favor del accionante...»

— «La realidad de una efectiva transmisión de bienes a cargo del deudor a terceros...»

— El acreedor debe carecer de otro modo para el cobro de lo que se le adeuda (Art. 1.291-3.º CC). No es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia del deudor o que ésta tenga que ser total, sino que «es suficiente que concurra minoración provocada para cubrir la integridad de la deuda (sentencia de 28-6-1912, 7-1-1958 y 13-1-1986), causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor, por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan, salvo el de la rescisión del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.294 del Código Civil y el carácter subsidiario de la acción pauliana con proyección rescisoria sobre el acto que la precede de disposición realizada por el deudor y que determina que dicha acción se tenga y repute como positiva, cuando se justifique que el acreedor no tiene la disponibilidad de otros procederes o maneras para lograr el abono cumplido de su crédito (sentencias de 12-7-1942, 12-6-1985, 30-1-1986, 16-3-1989 y 13-2-1993)»

— Elemento subjetivo: «... el artículo 1.111 del Código Civil contiene una firme respuesta a las necesarias garantías que deben ser inherentes a las obligaciones, expresando un principio de justicia para la efectividad de su funcionalidad no sólo económica sino también decididamente social, que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de “animus nocendi” o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito subjetivo del “consilium fraudis”, bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de

causarlo, y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación».

Tanto la determinación de la concurrencia de fraude, como la de existencia o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, son meras cuestiones de hecho y, como tales, sometidas a la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuyas apreciaciones deben ser respetadas y mantenidas en casación, salvo que lleguen a conclusiones totalmente ilógicas, absurdas o manifiestamente contrarias a la realidad de las cosas, o se produzcan errores de hecho o de derecho claramente demostrativos de la equivocación del juzgador (STS de 6 de abril de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Los demandantes, junto con un tío de ambos, eran socios únicos de una Sociedad Limitada. El 22 de julio de 1985, aquéllos vendieron a éste sus respectivas participaciones en dicha Sociedad y, con esa misma fecha, tal Sociedad vendió a los actores un inmueble de su propiedad. Esta compraventa se inscribió en el Registro de la Propiedad en enero de 1986, después de que el demandado, acreedor de la entidad vendedora, obtuviera (en virtud de sentencia judicial firme) anotación de embargo (en noviembre de 1985) sobre el inmueble en cuestión, único bien disponible y posible para que el referido acreedor pudiera hacer efectivo su crédito.

Los actores interpusieron demanda de tercería de dominio pidiendo se declare su derecho de propiedad sobre el inmueble y que se alce el embargo que pesa sobre el mismo. La demanda se dirige frente a la Sociedad vendedora, que fue declarada rebelde procesal, y frente al acreedor de ésta (el cual había instado el embargo para el cobro de su crédito), quien formuló reconvencción solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa, por haber sido celebrado en fraude de acreedores, y que el inmueble retorne al patrimonio del vendedor.

El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia revoca la sentencia y, estimando la reconvencción, declara rescindido el contrato. El Tribunal Supremo declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por los demandantes (*I.A.F.*).

**8. Daños y perjuicios por ocupación indebida de vivienda: Cosa juzgada material: Requisitos.**— La eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de pedir, determinando la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el sentido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución sobre idéntico conflicto, aun recaído en procedimiento de distinta naturaleza, puesto que, como dice la s. de 5 de junio 1987, la pretensión que ya ha sido examinada y resuelta, ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse de

ella; siendo así que la concurrencia de las referidas identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso; la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo teniendo en cuenta la parte dispositiva de aquél, interpretada si es preciso por los hechos y fundamentos de derecho que sirvieron de apoyo a la pretensión y a la sentencia, requiriéndose para apreciar la situación de cosa juzgada una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de manera que no puedan existir en armonía los dos fallos.

**Identidad de *causa petendi*:** No existe entre la acción para recuperar la posesión y la reclamación de daños y perjuicios por ocupación indebida.— Ha declarado la jurisprudencia que la causa de pedir consiste «en el hecho jurídico o título que sirva de base al derecho reclamado, es decir, en el fundamento o razón de pedir, y no en la acción ejercitada que constituye una mera modalidad procesal indispensable para lograr su efectividad ante los Tribunales», y que «la identidad en la causa de pedir se da únicamente en aquellos supuestos en que se produce una perfecta identidad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento a la nueva acción»; en el presente caso no se da identidad de *causa petendi* pues en el primer proceso se pretendía la recuperación de la posesión de la vivienda que se venía usando en razón al cargo, mientras que ahora se reclaman cantidades a percibir por razón de la ocupación de la referida vivienda a partir del momento en que se produjo la resolución unilateral del contrato que vinculaba a las partes contendientes.

**Enriquecimiento injusto: Requisitos.**— La continuada doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene reiterado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor representado por un *damnum emergens* o por un *lucrum cesans*; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

**Falta de causa que justifique el enriquecimiento.**— El contrato en virtud del cual el demandado ocupaba el edificio de la sociedad actora quedó resuelto en virtud de una declaración unilateral de voluntad como declaró la sentencia anterior haciendo aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la eficacia resolutoria de la voluntad unilateral en los contratos basados en la confianza; y desde el 28 de septiembre 1979 en que se produjo la resolución, el demandado no hizo entrega de la vivienda hasta el 21 de marzo de 1985, sin que durante el transcurso de ese tiempo haya abonado cantidad alguna por tal uso, habiendo declarado la s. de 27 de febrero de 1989, en un caso similar, el derecho a recibir indemnización por utilización de tales elementos y correlativa imposibilidad de uso propio; es evidente la falta de causa justificadora del enriquecimiento producido a favor del ahora recurrente al seguir ocupando la vivienda durante largos años una vez resuelto el contrato que servía de título a esa posesión.

**Buena fe del enriquecido.**— La s. de 12 de junio de 1955 ha declarado que la *conditio* puede surgir por el sólo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o buena fe del provocador, ya que la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es compatible con la buena fe (STS de 31 de marzo de 1992: no ha lugar).

NOTA: El uso de cosa ajena sin título es el primer supuesto de enriquecimiento sin causa que examina Alvarez Caperochipi en su monografía básica (*El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, 1979, p. 119), pues quien se encuentra en aquella situación se ahorra el gasto que debió haber empleado para utilizarla, y en esa medida debe restituirla. En el presente caso el demandado había permanecido durante casi seis años disfrutando de la vivienda propiedad de la empresa, así como de energía eléctrica, agua y teléfono. La estimación de la demanda era evidente. También es correcta la doctrina —que más bien parece afirmarse hipotéticamente— de que obtener una ganancia indebida es compatible con la buena fe (en tal sentido Lacruz, *Elementos* II-3<sup>2</sup>, p. 631, con cita de la s. de 5 de octubre de 1985 a propósito de las diferencias entre acción de enriquecimiento y acción de daños) (*G.G.C.*).

**9. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Nueva interpretación jurisprudencial.**— La moderna orientación de doctrina positiva de esta Sala, constituye una interpretación más acorde a los tiempos, en las situaciones de incumplimiento contractual, superando la tradicional de tener que darse «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo, pues el art. 1124 no lo expresa, literalmente; no se precisa que concurra a efectos resolutivos una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento, sino que basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúe de la misma manera, produciendo incumplimiento de contrario, revelado por llevar a cabo conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocial relacionante o de no prestación de lo debido, por decisión de su libre voluntad, que no es precisamente positiva, sino negativa, en cuanto ha de darse ausencia de toda causa, razón o justificación apreciable y concurrente para ello, colocándose de esta manera, bien expresamente o por deducción de sus actos y conductas acreditadas, en postura manifiesta de oposición a cumplir lo que se convino y obligó por su actuación en línea de mala fe (art. 1258 C.c.); de esta manera se ataca frontalmente a los objetivos y finalidades del convenio, así como a las legítimas expectativas de la parte cumplidora.

**Incumplimiento por parte del vendedor: Finca vendida «libre de cargas»: Hipoteca inscrita: Cancelación posterior a la demanda.**— La actitud de impago de la compradora no lo fue por causa de su decidida y libre voluntad de no satisfacer el resto del precio adeudado al recurrente, sino que obedece a una postura consecuente a la de éste y de sus repercusiones jurídicas contrarias a los

intereses de aquélla, pues dicho vendedor ocultó que el piso enajenado estaba hipotecado haciendo constar expresamente en el documento que estaba libre de cargas y gravámenes, lo que no sucedía en la realidad externa al pacto, y tal ocultación se mantuvo en toda la vida de la relación contractual, sin que conste se lo hubiera participado en algún momento al comprador, resultando acreditado que la cancelación definitiva de la hipoteca tuvo lugar en fecha posterior a la presentación de la demanda creadora de este litigio; lo expuesto es bien explícito de que el vendedor ha sido persistente en su situación incumplidora y de deslealtad al contrato en el que se obligó.

**Incidencia de la publicidad registral.**— No es obstáculo a fin de desvirtuar lo que se deja explicitado, que al constar inscrita la hipoteca en el Registro pudo el comprador tener conocimiento cabal de la carga de referencia, pues esta circunstancia, como contempló la s. de 12 de marzo de 1985, incide en la aplicación del art. 1483 C.c., pero no impide los actos obstativos del comprador a la entrega del precio aplazado en tanto el vendedor no libere el piso de la hipoteca que le afectaba, pues dicho adquirente concertó un precio sobre finca libre, lo que no concurrió (STS de 23 de abril de 1992: No ha lugar).

NOTA.— La «nueva interpretación» del incumplimiento contractual en la compraventa de inmuebles, a efectos de la acción resolutoria basada en los arts. 1124 y 1504 C.c., que se recoge en la s. extractada, venía auspiciada por la doctrina (especialmente Díez Picazo, hace ya algunos años) y había sido acogida en anteriores ss. del T.S. En realidad la fórmula estereotipada de la «voluntad rebelde al cumplimiento» era cierta en no pocos casos en los que el comprador hacía hasta ostentación de su voluntad incumplidora mientras disfrutaba de la finca adquirida y no pagada. Pero la complejidad de situaciones fácticas ha permitido al T.S. profundizar en la actitud subjetiva del incumplidor, que no precisa ser dolosa para calificarse de merecedora de la sanción resolutoria, poniéndola en correlación con la del vendedor en aras de la realización del fin del contrato. La correlación de las conductas de ambos contratantes lleva a la consecuencia, no ciertamente nueva sino mantenida desde siempre por la jurisprudencia, de que quien pide la resolución debe ser, a su vez, cumplidor de la prestación a que se obligó.

Quizá lo novedoso del caso aquí resuelto sea la circunstancia de una carga hipotecaria, no liberada al instarse la resolución por el vendedor y que plantea la incidencia de la publicidad registral en el incumplimiento resolutorio. No cabe duda que el comprador pudo conocer, al contratar, la existencia de la hipoteca, pero la venta realizada con la cláusula «sin cargas» hizo nacer en él la confianza de liberación de aquélla antes de tener que pagar el precio aplazado. Incumplida esta obligación por el vendedor, se dificultó la posibilidad de obtener crédito sobre la finca adquirida para el comprador. Parece bien denegada la resolución instada por el vendedor (Pte. Villagómez Rodil) (G.G.C.).

**10. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Naturaleza jurídica del requerimiento.**— La simple lectura del acta invocada, sin necesidad de acudir a interpretación o exégesis alguna, pone de manifiesto la existencia de la voluntad resolutoria de la vendedora, sin que a ello se oponga que en la misma carta la sociedad vendedora emplazase al comprador a realizar el pago antes de determinada fecha, pues según han declarado las ss. de 1 de junio de 1987, 8 de febrero de 1988 y 24 de febrero de 1990, nada impide calificar el requerimiento del art. 1504 C.c. como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir que en ella, la finalidad última que es el ejercicio de la resolución se condiciona en sentido estricto, o se subordina al cumplimiento de un acto, a saber, el pago por el deudor comprador.

**Amortización por la vendedora del préstamo hipotecario con anterioridad al requerimiento: Finca no vendida libre de cargas.**— Se declara probado que en el momento del contrato en modo alguno se declaró que la finca estaba libre de cargas, ni que se vendiese en tal concepto, antes bien el comprador tuvo conocimiento del préstamo hipotecario cuya amortización siguió a cargo de la sociedad vendedora, la cual se realizó antes del requerimiento notarial y se notificó al comprador por el mismo conducto, por todo lo cual es procedente la resolución.

**Incumplimiento inequívoco y objetivo: Frustración del fin del contrato.**— Para la resolución del fin del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia objetiva al cumplimiento (STS de 31 de marzo de 1992: No ha lugar).

**11. Compraventa de inmuebles: Resolución pactada: Nueva doctrina sobre el incumplimiento: Frustración del fin del contrato.**— La doctrina más reciente de la Sala 1.<sup>a</sup> viene proclamando que la resolución a tenor del art. 1504 no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al incumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, y siendo aconsejable la resolución en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable asimismo mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa, y entre las sentencias exponentes de esta doctrina reciente, cabe citar las de 12 de mayo de 1988, 2 de junio, 3 de octubre y 20 de diciembre de 1989, 24 de febrero y 21 de julio de 1990, y 15 de febrero, 11 de marzo, 16 de mayo, 7 de junio y 2 y 16 de julio de 1991.

**Defectos formales del recurso.**— No es correcto hacer referencia a la sentencia de primera instancia, pues el objeto de impugnación es la recaída en el trámite del recurso de apelación, ni es admisible hacer exposiciones fácticas, se encuentren o no en directa o indirecta contraposición con las establecidas por el Tribunal *a quo*, en un motivo incardinado en el ordinal 5.º del art. 1692 L.e.c., ya que ello sería propio del cauce prevenido en el n.º 4.º, apto para combatir presuntos errores en la apreciación de la prueba. (STS de 16 de junio de 1992: No ha lugar).

NOTA.— Sobre la nueva doctrina del incumplimiento resolutorio *ex art. 1504*, véase nota a s. de 23 de abril de 1992, en este mismo Anuario. Sorprende la fórmula empleada en el 4.º FD de la s. aquí extractada redactada en términos de *consejo* cuál sí se tratara de un margen de discrecionalidad judicial, cuando el art. 1504 está redactado en términos inequívocamente imperativos. Por lo demás, el supuesto de hecho aquí contemplado no deja lugar a dudas; de 23 letras se abonaron ocho (G.G.C.).

**12. Resolución de un contrato de compraventa de un inmueble. Voluntad rebelde al cumplimiento.**— Para la resolución de un contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte (ss. 24.2.1990 y 7-6-1991), siendo en definitiva aplicable el art. 1504 del C.c. a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado (S.<sup>a</sup> 20-12-1989).

El supuesto a que se refiere el art. 1504 es la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado, por lo cual, háyase o no convenido pacto comisorio, al dejar de pagar los compradores parte del precio incurren en incumplimiento determinante de la resolución contractual.

**Compatibilidad entre los arts. 1124 y 1504 del C.c.**— Ambos artículos son compatibles y complementarios, constituyendo el segundo una especialidad de la regla general contenida en el primero, y cuando ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial queda vedado para el juez el otorgamiento de un nuevo plazo. (STS de 4 de marzo de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Se formula demanda sobre resolución de un contrato de compraventa de vivienda por falta de pago del precio e indemnización de daños y perjuicios. El precio pactado en la compraventa del piso, celebrada el 4 de diciembre de 1984 fue de 3.050.000 pts., parte del cual (2.350.000 pts.) se abonaría en noventa días, acordándose que los compradores se comprometían a gestionar la solicitud de un crédito por ese importe ante una entidad bancaria. No habiendo abonado éstos dicha can-

tividad, fueron requeridos de pago notarialmente en julio de 1987 y posteriormente demandados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando resuelto el contrato si en el plazo de 60 días los demandados no acreditaban pagar al actor la suma que les faltaba por pagar, quedando en caso contrario en poder del demandante las cantidades entregadas por el comprador y con la condena a los demandados a que dejen libre y expedito y a disposición del actor la referida vivienda, bajo apercibimiento de desalojo si no lo hicieran en el plazo legal. La Audiencia Provincial estimó la apelación de la actora revocando parcialmente la sentencia apelada, y declaró haber lugar a la resolución del contrato, sin concesión de plazo para pagar, así como a la indemnización de daños y perjuicios. El T.S. falló no estimando el recurso interpuesto por la parte demandada. (*V.M.L.*).

**13. La acción de resolución del art. 1.504 del Código civil y la facultad resolutoria del art. 1.124.**— «Incide aquella Sala en una interpretación errónea del art. 1.504 del Código civil, ya que, una vez que media requerimiento de resolución, el comprador requerido no puede pagar o consignar para evitar sus consecuencias. Además, el precepto citado no es aplicable al caso litigioso, pues no se señaló en el contrato un plazo para pagar el precio, sino para consumarlo, cumpliendo cada parte sus obligaciones. Sin embargo, este error no lleva a la casación de la sentencia recurrida, porque por aplicación de la facultad resolutoria del art. 1.124 del Código civil hay que mantener el resultado al que aquélla llega. El vendedor ha optado por la resolución del contrato ante el incumplimiento del comprador requiriéndole a este efecto, por lo que al no haber probado dicho comprador que tal incumplimiento no obedece a causas dependientes de él, la resolución está correctamente realizada. Y esto es lo que ha sucedido en el litigio, en el que la Sala «a quo» da por probada la conducta del recurrente contraria a lo convenido en el documento privado mantenida hasta el final del plazo pactado para otorgar la escritura pública, por lo que el requerimiento surtió válidamente sus efectos resolutorios, no dándose tampoco la infracción del art. 1.124 del Código civil».

**La imputabilidad del incumplimiento y la resolución del contrato.**— «No puede alegarse con éxito que el comprador requiriese al vendedor para el otorgamiento de escritura y pago del precio el mismo día 17 de marzo en que éste último requirió de resolución al primero, la facultad de dar por resuelto el contrato la seguía teniendo el recurrido porque el requerimiento de su comprador y recurrente no tenía por objeto que aceptase el pago del efectivo que se pactó, sino el de señalarse unilateralmente una fecha para ello (27 de marzo siguiente), a lo que ninguna estipulación del contrato privado le autorizaba. El plazo para el cumplimiento del mismo se agotó el día 14 de marzo y de común acuerdo se prorrogó hasta el siguiente 16 del mismo mes, en el que el comprador y vendedor comparecieron ante Notario con aquel objeto, no siendo posible la escrituración por culpa del comprador y recurrente. Pero, a partir de ese último día, éste debía haber

pagado o consignado o haber realizado un ofrecimiento real de pago antes de que el vendedor resolviese el contrato, y en lugar de hacerlo le fijó por su exclusiva voluntad un plazo para cumplir, que no tenía en modo alguno que obedecer el vendedor al no estar convenido. Por tanto, mientras el comprador no cumpla por causa dependiente de su voluntad, el vendedor puede resolver el contrato, sin que pueda ser privado de ella por una fijación unilateral por aquél de un plazo para cumplir».

**El cambio en la modalidad de pago es motivo legítimo para rechazar el otorgamiento de escritura pública de compraventa.**— «Es cierto que dos días después del plazo pactado, recurrente y recurrido comparecieron en la notaría para otorgar la escritura pública, pero no se llegó a su otorgamiento por las pretensiones del comprador respecto a la forma en que debía escriturarse, manteniendo los criterios contrarios a lo establecido en el documento privado que sobre el particular había tratado de imponer al vendedor con anterioridad a ese día. Por tanto, no se quiebra la declaración de la sentencia recurrida de que el comprador incumplió por su voluntad... El vendedor manifiesta que se le quería pagar por el comprador «en bonos del Estado» y que no escrituró así. Esta conducta del comprador iba en contra de lo estipulado en el contrato, que habla de «efectivo», cualidad que no reúne ese instrumento, por lo que fue legal la negativa a escriturar». (STS de 13 de abril de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Mediante documento privado de 12 de noviembre de 1986 el vendedor declaró unilateralmente que vendía a la sociedad anónima «A. y P.R.», una finca urbana de su propiedad por treinta y nueve millones de pesetas. El 23 de febrero de 1987, ante testigos, el vendedor y el administrador de la sociedad compradora acordaron en documento privado consumir dicha compraventa en el plazo improrrogable de veinte días naturales a contar desde aquella fecha, compareciendo dentro de ese plazo ante notario para otorgar la escritura pública correspondiente, confirmando el precio del inmueble en treinta y nueve millones de pesetas en efectivo que, sin embargo, se escrituraría en treinta millones. El 14 de marzo expiró el plazo pactado para el cumplimiento del contrato. El día 16 de marzo, de común acuerdo, comparecen ambas partes en la notaría, pero no se llega a escriturar el contrato de compraventa porque el comprador pretendía que el precio fijado en la escritura fuera el de treinta y nueve millones de pesetas que, además, pagaría en bonos del Estado. El 17 del mismo mes, el comprador mediante requerimiento notarial compele al vendedor a que el día 23 de marzo otorgue la escritura pública de compraventa. En contestación a ese requerimiento, el vendedor ejercita la facultad resolutoria. El 24 de marzo, mediante acta notarial se da fe de que el vendedor no acudió a la notaría para otorgar la escritura pública de compraventa. El comprador demanda en Primera Instancia el cumplimiento del contrato. El vendedor opone la resolución del mismo. Desestimada la

demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia confirma la sentencia. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo declara NO HABER LUGAR AL RECURSO (G.D-P.G).

**14. El incumplimiento como presupuesto de la facultad de resolver.**— Pretendía el recurrente que al no habersele notificado la concesión de la licencia, no había vencido el plazo para efectuar el pago del resto del precio, siendo inaplicable el artículo 1124 del Código Civil, por no haber incumplimiento.

El T.S. declaró que «tales premisas fácticas no se corresponden, en absoluto, con las establecidas por el Tribunal “a quo”, las cuales han quedado incólumes al no haber sido atacadas por la vía casacional adecuada» y así «aunque se dice que la concesión de la licencia no fue notificada a Landia es evidente que ésta hubo de tener pleno conocimiento de dicha concesión, siquiera sea a través del acta notarial de 10 de abril, no obstante lo cual, dejó transcurrir el plazo sin hacer pago del resto del precio, tratando de cubrir la fórmula con pretensiones de liquidación de cuentas u ofrecimiento de garantías, cuando, ciertamente, ni había cuenta alguna que liquidar, ni las garantías de un pago futuro pueden suplir el pago del presente (...) En consecuencia, es visto que “Landia” ha incumplido abiertamente el contrato» y «la atribución del incumplimiento del contrato a la sociedad recurrente, originaba la evidente observancia del artículo 1.124 del Código Civil».

**Resolución de contrato de compraventa de inmuebles.**— El recurrente pretendía que al existir un contrato de compraventa de inmuebles, el precepto aplicable por falta de pago del precio no es el artículo 1.124 del Código Civil sino el artículo 1.504 de dicho Código, que para poder resolver exige un requerimiento notarial previo y no es tal el contenido en el acta de 17 de julio de 1981.

El Tribunal Supremo declaró que: «Al acta notarial de 17 de julio de 1981, bien cabe asignarle la naturaleza de un requerimiento de pago, en cuanto que en el apartado primero de la misma, Obrascón otorgó a Landia un último plazo de diez días naturales para que deposite (...) a nombre de Obrascón, S.A. la cantidad de 108.500.000 pesetas (parte del precio aplazado) (...) y la significación atribuida al precitado apartado no puede quedar desvirtuada por el segundo de dicha acta, en el que Obrascón ofrecía devolver a Landia la cantidad que entregó como importe de la opción de compra y, pagarle la cantidad calculada para invertir en las obras, en cuanto que se manifestaba que ese ofrecimiento no implicaba reconocer obligación alguna ya que en el contrato se hacía constar que el incumplimiento en el pago por parte de Landia, S.A., llevaba aparejada la pérdida de la cantidad entregada, quedando también en beneficio de Obrascón el importe de las obras o mejoras realizadas en las fincas objeto de la opción».

Asimismo, recuerda la doctrina consolidada de la Sala relativa a que los artículos 1124 y 1504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan.

**Cláusula penal.**— «La atribución del incumplimiento del contrato a la sociedad recurrente origina la evidente observancia de las cláusulas resolutorias expresa y penal contenidas en el contrato». (STS de 27 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Existe entre la sociedad Obrascón, S.A., actora, y la codemandada Landia, S.A. un contrato calificado de compraventa en ambas instancias, no obstante la denominación de opción de compra dada por las partes, cuyo objeto consiste en dos mil acciones, cuya titularidad pertenece a Obrascón, y que constituyen el capital social de la mercantil Puerto Paraíso, S.A., cuyo patrimonio está formado por determinadas fincas.

Convienen que el pago del precio aplazado se efectúe en 60 días naturales, como máximo, a partir del siguiente a aquél en que se notifique la concesión de la licencia municipal de obras, obtenida en fecha de 26 de marzo de 1981, y que los gastos que originare ésta son de cuenta de la sociedad Landia, S.A.

Obrascón, ante el incumplimiento por Landia de sus obligaciones contractuales, denuncia el contrato declarándole formalmente resuelto, por acta notarial de 10 de abril de 1981, confirmada por otra del 23 del mismo mes. Por su parte, Landia el 8 de junio remite carta por conducto notarial, en la que participa a Obrascón que como debe estar cercano el vencimiento del plazo, le ofrece el pago, requiriendo la remisión del estado de cuentas. Obrascón comunica su rechazo por haber quedado resuelto el contrato, a lo que se opone Landia. Finalmente, Obrascón por acta notarial de fecha 17 de julio de 1981 requiere a Landia para que: 1.º Deposite a nombre de aquélla, en un plazo de 10 días naturales, la parte del precio aplazada y atienda a las demás obligaciones asumidas en el contrato. 2.º Ofrece devolver a Landia la cantidad de 12 millones de pesetas, entregada como señal a cuenta del precio y, además pagarle la cantidad calculada para invertir en las obras. Landia contesta requiriendo envío urgente del estado de cuentas.

Obrascón solicita se declare resuelto el contrato por incumplimiento y se condene a Landia a abonar los daños y perjuicios con la pérdida de la cantidad que había entregado en concepto de señal a cuenta del precio, perdiendo además las obras y mejoras que hubiere efectuado en las fincas. Las sentencias de ambas instancias declaran resuelto el contrato por incumplimiento, si bien la recaída en apelación, revocando parcialmente la de primera instancia, declara que la actora puede retener y hacer suya la cantidad pagada como señal y parte del precio del contrato resuelto. (J.S.C.).

**15. La buena fe en la doble venta de cosa inmueble inscrita.**— «La buena fe a la que, a efectos de la doble venta, se refieren los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, precisa, conforme a los artículos 433 y 1.950 del citado Código, en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior, requisito que aquí no concurre, pues el Ayuntamiento demandado, cuando compró en 1983 las casas litigiosas, conocía plenamente que las mismas habían sido vendidas en 1980 a la entidad Lenvo, S.A.».

Al examinar la cuestión consistente en determinar si la circunstancia de que la entidad Lenvo, S.A., cuando en 1980 compró los bienes litigiosos, aún no hubiera adquirido personalidad jurídica (por falta de su inscripción en el Registro Mercantil) puede, por sí sola, ser determinante de la buena fe adquisitiva o ausencia de mala fe del inscribiente, declaró: «La circunstancia de que un bien sea adquirido por una sociedad en formación no puede ser tomada en consideración, como erróneamente hace la sentencia recurrida, para eliminar la mala fe del comprador posterior y transmutarla, sin más, en buena fe, pues con arreglo al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, los contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil son válidos cuando dicha sociedad los ratifica y acepta después de su inscripción, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, aparte de que, desde el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta por el deudor ejecutado a favor de la entidad Lenvo, S.A. (aunque no estuviera inscrita en el Registro Mercantil), cuyo precio, por medio de sus gestores, pagó en su integridad y, además de la tradición instrumental que supone el otorgamiento de la escritura pública de venta (artículo 1462.2 del Código Civil), tomó posesión real y material, también por medio de sus gestores, de las casas vendidas, es indudable que éstas ya habían salido del patrimonio del vendedor, aún prescindiendo de si en aquella fecha de la escritura el dominio discutido lo adquirió la sociedad con efecto retroactivo o simplemente los socios gestores con la responsabilidad solidaria de que habla el artículo 7 precitado (...), circunstancia ésta que era plenamente conocida por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera antes de que en 1983 se otorgara a su favor la escritura de venta de las casas litigiosas, (...), por lo que carecía del ineludible requisito de la buena fe para que el artículo 1473.2 pueda desplegar en su favor la virtualidad adquisitiva, en función de su prioridad en la inscripción en el Registro de la Propiedad».

**Presupuesto para la existencia de la doble venta.**— «La tipificación de la doble venta, que contempla el artículo 1473 del Código Civil, requiere, para su existencia, que cuando se perfeccione la segunda venta, por convenio entre comprador y vendedor sobre la cosa objeto del contrato y el precio (artículo 1450 del Código Civil), la primera no haya sido consumada todavía (lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas ventas), pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada (por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor), ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto». Así, «cuando el Juzgado otorgó, en repre-

sentación del deudor ejecutado, escritura pública de venta de las mismas casas a favor del Ayuntamiento, en realidad realizó una venta carente de objeto, pues las repetidas casas ya no pertenecían a dicho deudor-ejecutado, de cuyo patrimonio habían salido en 1980». (STS de 11 de abril de 1992).

HECHOS.— En distintos juicios ejecutivos, promovidos por diversos acreedores contra el mismo deudor, y tramitados ante diferentes Juzgados, se embargan determinados bienes inmuebles, propiedad de los esposos Don E.B.U. y D.<sup>a</sup> M.L.C., a cuyo nombre, y para su sociedad conyugal, figuran inscritos en el Registro de la Propiedad. Dichos embargos son anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad en fecha 11-XII-1974 y 17-III-1975, cuyas anotaciones son prorrogadas en fecha 11-XII-1978 y 6-III-1979, respectivamente, por cuatro años más.

Realizándose el embargo anotado preventivamente con anterioridad, se aprueba el remate en favor del mejor postor, quien lo cede a la sociedad Lenvo, S.A., cuya escritura de constitución está pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. Consignado el precio por ésta, los citados cónyuges y la sociedad otorgaron escritura pública de venta de los inmuebles el 21-V-1980. El comprador toma posesión de los bienes vendidos y presenta en fechas sucesivas la citada escritura en el Registro de la Propiedad, extendiéndose los correspondientes asientos de presentación, sin que ninguno de ellos llegue a causar inscripción de dominio.

Ulteriormente se realiza el embargo anotado con posterioridad. Aprobado el remate en favor del mejor postor, que había intervenido en la anterior subasta, consigna el precio y cede el remate a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera. Este, personado en el procedimiento de apremio, alega que tiene conocimiento de que los inmuebles ya habían sido vendidos a la entidad Lenvo, S.A. El Juez, actuando en representación del deudor ejecutado, otorga en favor del citado Ayuntamiento, escritura de venta de los mismos inmuebles el día 6-VI-1983, y acuerda que se de posesión de los bienes al comprador, no obstante hallarse los mismos en la posesión anterior de la entidad Lenvo, S.A. La escritura pública de venta se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Con posterioridad, la entidad Lenvo, S.A. presenta en el citado Registro su escritura de venta de los mismos inmuebles, denegándose su inscripción, por figurar como transmitente persona distinta de quien en el Registro aparece como titular de los mismos.

Dicha sociedad ejercita acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, solicitando se declare que el dominio de los inmuebles le pertenece y que se condene al demandado a la restitución de los mismos; así como que se declare la nulidad e ineficacia de la escritura pública de venta otorgada a favor del demandado, instando la cancelación registral de las inscripciones causadas en virtud de aquélla. El demanda-

do, se opone alegando excepción perentoria de falta de litisconsorcio pasivo necesario y formula reconvencción pretendiendo se declare la nulidad de la escritura de venta otorgada en favor de la entidad Lenvo, S.A., a la que ésta se opone alegando idéntica excepción. Las sentencias de ambas instancias, de plena conformidad, desestiman la acción reivindicatoria y las demás pretensiones. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad Lenvo, S.A.

NOTA.— La declaración contenida en el Fundamento de Derecho 6 y aquí extractada en el epígrafe n.º 2, no constituye la razón de decidir del Tribunal Supremo, por lo que carece de la consideración de doctrina Jurisprudencial, máxime si se tiene en cuenta que mantiene el pronunciamiento absolutorio en la instancia, dejando imprejuizado el fondo de la cuestión relativa a la pretensión de nulidad de la escritura de venta otorgada a favor del Ayuntamiento, por estimar la excepción perentoria de falta de litisconsorcio pasivo necesario. (*J.S.C.*)

**16. Arrendamiento urbano. Ejecución hipotecaria.**— La ejecución hipotecaria no extingue el arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca salvo que se demostrara que existió confabulación o fraude.

**Presunción.**— Para que se destruya la presunción es preciso establecer que el nexo o relación fue erróneo o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio.

**Documentos privados. Fecha frente a terceros.**— La prevención del art. 1227 sólo es aplicable cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha consignada en el documento (**STS de 23 de junio de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.— Se formula demanda solicitando que fuese condenada la parte demandada a pasar por la declaración de que el demandante es dueño de un piso en virtud de compra en subasta pública, y que como consecuencia de esa titularidad se obligue a dicho demandado a desalojar la vivienda en tanto que viene ocupándola sin título alguno. En la contestación a la demanda la parte demandada solicita que se estimara la inadecuación del procedimiento al existir otro procedimiento anterior en el que precisamente habían pedido que se declarase su condición de arrendatario, en tanto que venían ocupando la vivienda mencionada con tal calidad desde hace años y así lo hicieron saber antes de que se llevara a cabo la subasta. Con posterioridad, a petición de la parte demandante se acordó la acumulación de autos que se seguían en otro Juzgado sobre la anterior cuestión jurídica.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimatoria de la demanda, y respecto a la demanda acumulada declara que los demandantes son arrendatarios de la vivienda mencionada en los términos pactados

en el contrato. La Audiencia Provincial confirma el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

**17. No se produce indefensión cuando el juicio de retorno arrendaticio se interpone contra los que en ese momento figuran como titulares registrales, aunque la finca se haya vendido anteriormente a otras personas.**— El hoy recurrido no tenía el deber y menos conocimientos, para interpelar en pleito de referencia a doña Josefa Muñoz, ya que incluso la sentencia definitiva que recayó en el mismo, pronunciada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, en fecha 18 de febrero de 1986, lo fue con anterioridad a la inscripción registral que alega el motivo. La resolución judicial adquirió firmeza y carácter de ejecutoriedad, por lo que fue realizada.

En consecuencia, la ausencia de indefensión queda patente, sin fisura alguna y no cabe ser extendida, conforme a lo que se resolvió en la instancia, al trámite ejecutorio de la sentencia que otorgó el retorno, en cuanto el mismo obedece al necesario cumplimiento y efectividad de las resoluciones judiciales para hacerlas dinámicas y llevar a la realidad su contenido teórico, en cuanto vienen a ser leyes particulares para los litigantes obligados.

**Eficacia de la cosa juzgada y vías para conseguir su ineficacia.**— A la sentencia dictada en dicho litigio anterior, que reconoció el derecho de retorno, le es inherente la situación de estabilidad, que determinó su ejecución, impidiendo así mismo, que se discuta ulteriormente lo que ya se resolvió, es decir, que por los efectos de la cosa juzgada, las partes tienen el derecho a ser protegidas, impidiendo que la cuestión ya debatida y decidida se reavive y vuelva a ser objeto de nueva controversia judicial, o se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la correspondiente sentencia e incluso por la vía de la nulidad de actuaciones (arts. 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por suponer el ejercicio de una potestad «ex officio» para invalidar las sentencias firmes, quedando como vía rescisoria de las mismas el recurso extraordinario de revisión, cuando proceda (sentencias de 23 de julio y 11 de octubre de 1990) o, en su caso, el recurso de amparo constitucional (sentencias del T.C. de 19 de diciembre de 1989 y 15 de noviembre de 1990).

**Eficacia del derecho de retorno arrendaticio frente a los adquirentes de la finca arrendada.**— Si en la compra efectuada por el marido de la recurrente el 2 de abril de 1984, no se hizo mención ni referencia al arriendo ni al derecho de retorno que efectuaba al local de autos, cuyo conocimiento tuvieron bien preciso los transmitentes, pues fueron demandados en el pleito precedente, ello puede determinar el afloramiento de conductas maliciosas en los precedentes que transmitieron sus derechos dominicales a la recurrente y generadora de posibles responsabilidades, pero ello no puede obstaculizar el legítimo derecho del arrendatario de retornar al local que poseía en arriendo y donde tenía instalado su actividad comercial, pues el mismo tiene su fundamento y amparo en la Ley de Arrendamientos Urbanos, gozando de análoga protección que la locación de la que proviene, por lo que la armonización del art. 15 del Reglamento Hipotecario y la Ley Arrendaticia deviene que los sucesivos adquirentes dominicales actuali-

cen las anotaciones registrales correspondientes y, al efecto, el art. 94 de la Ley Arrendaticia impone a todo propietario, aunque cambie la persona del titular, a respetar como tal arrendador el contrato de arrendamiento que las obras de reconstrucción suspendieron.

**Configuración del derecho de retorno arrendaticio como obligación «propter rem».**— Esta Sala ya ha tenido ocasión de abordar la cuestión y en sentencia de 19 de mayo de 1979 parte de considerar indiscutible el derecho de retorno otorgado judicialmente, para llegar a la conclusión de que no lo puede enervar el mencionado precepto 15 del Reglamento Hipotecario, de rango inferior a la Ley de Arrendamientos Urbanos y porque el derecho se configura como una obligación «propter rem» (STS de 29 de febrero de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**— La propietaria y titular registral de un local comercial interpuso juicio declarativo, entre otras personas, contra quien había obtenido sentencia judicial favorable, en la que se declaraba su derecho de retorno arrendaticio sobre la finca en cuestión. Alegaba la demandante que en el proceso precedente sobre el retorno no había sido demandada ni se le había notificado la existencia del procedimiento, lo que le producía indefensión, por lo que solicitaba, entre otras cosas, que se declarara nula la entrega de local al arrendatario. Es un dato a tener en cuenta que ni en la escritura pública de compraventa ni en el Registro de la Propiedad se hacía constar ese derecho de retorno. La pretensión fue rechazada en todas las instancias y por el Tribunal Supremo.

**NOTA.**— El choque frontal entre la legislación arrendaticia urbana y la normativa hipotecaria está produciendo últimamente algunos pronunciamientos bastante discutibles y polémicos del Tribunal Supremo, como la sentencia de 23 de febrero de 1991, muy criticada por nuestra doctrina. Se protegen los derechos arrendaticios urbanos hasta el punto de prevalecer sobre la normativa hipotecaria y, en concreto, sobre los trascendentales arts. 32 y 34 de la LH. En el caso de autos, la adquirente del local ignoraba la existencia del arrendamiento anterior pues ni en su título de adquisición ni en el Registro de la Propiedad se le advierte de ese derecho. Ni siquiera la realidad le pudo advertir, porque se había reconstruido el edificio y el local estaba desalojado cuando se produjo la adquisición. La solución jurisprudencial, con todo, está respaldada actualmente por la letra de la Disposición Adicional cuarta, 3.<sup>a</sup>, del vigente Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. ¡Sacrosanto derecho arrendaticio que pone en entredicho los más elementales principios del Derecho hipotecario! (*L.F.R.S.*).

**18. Arrendamientos rústicos. La Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> y Final de la Ley de 31 de diciembre de 1980. La cualidad de arrendatarios.**— La Dis-

posición Transitoria de referencia, contiene una declaración normativa bien clara y determinante, que quiebra el principio general de irretroactividad del art. 2 del C.c., en cuanto establece que quedan sujetos a la misma los contratos cualquiera que sea la fecha de su celebración, salvo las excepciones precisas a que se refieren las reglas primera, segunda y tercera. Por lo que ha de entenderse, como criterio general, la proyección de dicha normativa especial sobre todos los convenios existentes y con desarrollo dinámico de relaciones, a la entrada en vigor de la Ley de 31 de diciembre de 1980 y así como a los derechos y efectos jurídicos derivados, lo que resulta de adecuada conformidad al carácter imperativo de esta nueva legislación rústica y su relevante función social.

La cualidad de arrendatarios ha de poseerse u ostentarse al tiempo de la enajenación de las fincas, en relación con su cualificación como profesionales de la agricultura (art. 14 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, reformado por la Ley de 28 de febrero de 1991) y cultivadores personales (art. 26 de la citada Ley).

**Principio de congruencia.**— No le es lícito a los juzgadores modificar, alterar y menos sustituir ni la causa de pedir ni las cuestiones debatidas por otras que no se plantearon en el marco de un concreto juicio. Incluso tampoco resulta de corrección legal, tener en cuenta las pretensiones argumentadas en el acto de la vista oral del recurso de apelación, si no se debatieron en la primera instancia (Ss. de 6-3-1984; 20-5; 7-7-1986; 19-2-1989). (STS de 3 de marzo de 1992, ha lugar).

**HECHOS.**— D. Pascual L.G. y siete personas más interpusieron demanda de retracto legal arrendaticio de fincas rústicas contra D. Julián F.A. y D.<sup>a</sup> Ascensión M.Q. Los demandados compraron, el 18 de diciembre de 1980, la nuda propiedad de una serie de fincas a D.<sup>a</sup> Carmen M.B., conservando ésta el usufructo de todas hasta su fallecimiento, el 25 de noviembre de 1984. En ningún momento aquéllos manifestaron ni notificaron —como era procedente— a los arrendatarios su condición de compradores e incluso tras consolidar su propiedad dijeron que las habían adquirido por herencia. Ante el intento de los demandados de resolver los contratos de arrendamiento, los arrendatarios solicitaron del Registro de la Propiedad las certificaciones oportunas y promovieron dentro del plazo de 60 días hábiles la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación activa en siete de los demandantes y entrando a conocer del fondo del asunto respecto del restante, absolvió a los demandados. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los actores, teniendo como único argumento jurídico la insuficiencia del precio consignado, pues consideró que, satisfaciendo los recurrentes únicamente el precio de la venta, marginando el usufructo consolidado, se podría producir en los mismos una situación de enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo apreció el recurso, declarando haber lugar al retracto

a favor de todos los actores y condenó a los demandados a las costas de primera instancia y apelación.” (V.M.L.).

**19. La figura del cultivador personal.**— «Aún considerando que el texto legal al definir la categoría de cultivador personal en el artículo 16 de la Ley de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980, emplea términos menos exigentes y rígidos que los utilizados en el artículo 83-3 por el Reglamento de 29 de abril de 1959 para la configuración del cultivador directo y personal, ya que éste Reglamento usa expresión “cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente” que no se reitera en aquella Ley, es evidente que mantiene un criterio muy similar a aquél, puesto que la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de esta Ley, —puente legal entre las dos situaciones, pre y post a la Ley nueva—, alude exclusivamente al artículo 16, así textual y restrictivamente, pero no al artículo 15 en que se define ampliamente al profesional de la agricultura, en que se marca la leve exigencia tan sólo de dedicación preferente, para el perfil definitorio de la nueva figura del arrendatario».

**Distinción entre profesional de la agricultura y cultivador personal.**— «Ha de señalarse en la literalidad de los artículos 15 y 16 de la Ley vigente, una nota diferencial entre el profesional de la agricultura y el cultivador personal que permite hacer énfasis en la mayor exclusividad de éste, y no simple preferencia de aquél, en la dedicación agraria respecto de las fincas objeto del contrato de arrendamiento». Así, no tiene la consideración de cultivador personal el arrendatario que posee “otros cultivos de regadío en distinto término municipal y establecimiento comercial abierto al público”, factores “que repudian la afirmación de exclusividad en su dedicación agraria”. Y ello, “aunque por su naturaleza la explotación ganadera sea hasta cierto punto menos absorbente que la propiamente agraria, porque el detalle de la preferencia para ser profesional de la agricultura no es ingrediente propio del cultivador personal que requiere un mayor acento de exclusividad que no se da en el caso del recurrente, al menos a los efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley vigente de 31 de diciembre de 1980».

**Duración del arrendamiento pecuario existente a la entrada en vigor de la L.A.R. de 31 de diciembre de 1980. Tácita reconducción.**— Concluido en fecha 31 de diciembre de 1987 el plazo de duración estipulado, «es patente la correcta aplicación del Ordenamiento Jurídico por la Sala de Apelación, puesto que por la tácita reconducción, admitida por la Ley nueva (artículo 83, b y c), en conexión con los artículos 1.566 y 1.577 del Código Civil, concluyó el contrato el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, con el previo requerimiento o preaviso de la arrendadora en fecha trece del mismo mes y año».

**HECHOS.**— La actora celebró en fecha 1 de enero de 1978 con el hoy demandado un contrato de arrendamiento de finca rústica, destinada a explotación ganadera. Concluido el plazo de duración pactado, la arrendadora solicita el deshaucio por expiración del término convenido. El

arrendatario se opone ya que tiene derecho a prórroga dada su condición de cultivador personal. Las sentencias de ambas instancias, de plena conformidad, acceden a la pretensión de la actora. (STS de 4 de abril de 1992; no ha lugar). (J.S.C.).

**20. Responsabilidad decenal: Promotor-constructor.**— A los efectos de la responsabilidad llamada decenal, la figura del promotor-constructor, desconocida en la época de la redacción del art. 1591 C.c., se halla equiparada a la del contratista, por lo que, al igual que éste, responde de la ruina, física o funcional, del edificio cuando la misma sea debida a vicios de construcción según una reiterada doctrina jurisprudencial.

**Principio jurisprudencial de solidaridad entre los responsables. Inaplicabilidad cuando se individualiza la causa y el responsable de los vicios ruinosos.**— La creación jurisprudencial del principio de responsabilidad solidaria en la construcción opera en las hipótesis en que la ruina de la edificación, física o funcional, se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuidas a la dirección técnica y otras a la ejecución, sin posibilidad de discernir las que correspondan a unas y a otras, de modo que la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que no es procedente declararla cuando no se da tal presupuesto de hecho, por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos (STS de 31 de marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.— La sentencia apelada contiene una minuciosa descripción de los defectos ruinosos con indicación específica de a quién son imputables, distinguiendo; A) Daños en bóveda acristalada y chimenea de ventilación, atribuibles a los arquitectos; B) Humedades en cubierta del edificio cuya responsabilidad incumbe tanto a arquitectos como aparejadores; C) Humedades por condensación, imputables a ambos técnicos; D) Humedades en el encuentro de la rampa de acceso al garaje y alteración de las juntas de dilatación de las baldosas y enchapados, cuya responsabilidad incumbe a los mismos. Ante tan diáfana declaración de hechos probados es plenamente de aprobar la s. estimatoria del recurso, que exime de responsabilidad a la entidad promotora (Pte. Morales Morales) (G.G.C.).

**21. Extensión del concepto de ruina a los defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato.**— El término «ruina» que utiliza el art. 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, puesto que (como determinan las sentencias de esta Sala de 5 y 30 de septiembre de 1983 y 5 de marzo

de 1984, entre otras) hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato. Y es en este último dato («violación del contrato») donde radica sobre todo la responsabilidad contractual del recurrente, puesto que de otra forma quedaría el cumplimiento de lo pactado al arbitrio del obligado (en este supuesto del aparejador) y se quebrantaría no sólo lo pactado, sino además la buena fe contractual.

**Extensión de la responsabilidad contractual a los arquitectos técnicos. Carácter solidario de la obligación.**— Máxime cuando se ha declarado también (sentencias, entre otras, de 13 de noviembre y 21 de diciembre de 1981 y 5 de marzo de 1984) que la mala calidad de los materiales y los defectos de dirección y ejecución de la obra afectan, entre otros intervinientes en aquélla, también a los arquitectos técnicos de cada uno de aquéllos, lo que conduce a la responsabilidad solidaria. Derivando esta responsabilidad «in solidum» de la concurrencia de varias concausas, unas atribuidas a la dirección y otras a la ejecución, sin posibilidad (como en el supuesto ahora contemplado) de discernir las consecuencias de cada una (sentencias, entre otras, de 17 de febrero y 16 de junio de 1984 y 31 de enero y 30 de diciembre de 1985).

**Inclusión en el concepto de ruina de los defectos sobrevenidos después de la construcción por actuaciones también posteriores a la misma.**— Sin olvidar, por último, que dentro del concepto de «ruina» se incluyen los graves defectos constructivos o sobrevenidos después de la construcción por la actuación de personas que hacen fracasar las legítimas expectativas del adquirente de un inmueble y que lo hacen inútil para su finalidad, según se deduce de sentencias como las de 17 de junio de 1987 y 1 de febrero y 12 de abril de 1989. (STS de 31 de diciembre de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**— La entidad propietaria de los locales situados en los bajos de un edificio demandó al arquitecto, al aparejador, a la entidad constructora del edificio, a la entidad que efectuó la obra posterior, a la sociedad cooperativa promotora y a la comunidad de propietarios del edificio suplicando que se condenara solidariamente a los demandados a realizar a su costa la reparación y adecuación para eliminar las deficiencias que se relacionaban documentalmente y cuantas más sean precisas en evitación de que se produzcan filtraciones que provengan de la cubierta que radica sobre el local cuestionado. Se declara probado que la construcción inicial incluía una terraza no visitable sobre los bajos propiedad de la actora. Posteriormente, la promotora alteró el destino de esa terraza, construyendo una pista de tenis y unas jardineras. Después de estas últimas obras aparecieron unas humedades. Los órganos judiciales de instancia absolvieron a la constructora del edificio y a la comunidad de propietarios, condenando solidariamente a los demás demandados. El arquitecto técnico condenado recurrió en casación. (L.F.R.S.).

**22. Mandato. Relación entre los artículos 1710 y 1713 del Código Civil.**— Dichos preceptos no son incompatibles entre sí conforme reiterada doctrina jurisprudencial, pues el art. 1710 se refiere a la forma de expresarse el mandato, es decir de exteriorizarse la voluntad y consentimiento del mandante, en cuanto puede ser expreso o tácito y el art. 1713 ha de relacionarse con el contenido propio de dicho acto que exige sea expreso para efectuar transacciones, enajenaciones, constituir hipotecas o llevar a cabo actividades de riguroso dominio.

**Diligencias para mejor proveer.**— Las diligencias para mejor proveer son ajenas al impulso procesal de los litigantes y al principio dispositivo que rige en las causas civiles, pues su iniciativa no la originan las partes, sino el órgano judicial que las acuerda, lo que no les resta fuerza probatoria al equipararse a las actuaciones llevadas a cabo a instancia y rogación de los contendientes procesales con citación contraria en el plazo probatorio. Técnicamente son actos de instrucción que se deben a la iniciativa judicial (art. 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), a fin de formar, y, en su defecto, reforzar su propia convicción, no susceptibles de condicionamiento alguno en cuanto, al tratarse de prueba pericial respecto a la persona que se designa para emitir la pericia (Sentencias de 31 de octubre de 1963, 2 de abril de 1982 y 6 de junio de 1991), sin que su propia naturaleza las convierta en remedio a la pasividad o negligencia de los que litigan, que tienen a su disposición los medios que las normas legales autorizan.

**Doctrina procesal del art. 24 de la Constitución. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes.**— Dentro de la legalidad ha de armonizarse el derecho de los litigantes a la utilización de las pruebas procedentes, como aportaciones de ataque y defensa, con las facultades que asisten a los juzgadores para examinar otras peticiones y decidir en todo caso su pertinencia, pero con observancia del mandato constitucional en cuanto a que su rechazo no debe ser arbitrario, sino fundado en razones de ajenidad constatada a lo controvertido en el proceso de que se trata. (STS de 30 de abril de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La actora interpuso demanda solicitando que fuera condenada la demandada, propietaria de un inmueble, a otorgar la escritura pública de compraventa en los términos y condiciones acordadas entre las partes. La demandada presentó reconvencción, solicitando que se declarase inexistente el denominado contrato de compraventa otorgado sobre su inmueble, toda vez que se llevó a cabo por su hermano —codemandado declarado en rebeldía— por medio de una Agencia Inmobiliaria, sin contar con su consentimiento expreso. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda al apreciar la existencia de un mandato especial y escrito, fruto de los documentos aportados por la parte actora. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

**23. · Responsabilidad civil extracontractual. Doctrina de la causalidad adecuada. Inversión de la carga de la prueba y responsabilidad por riesgo.**— La moderna doctrina jurisprudencial opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal; y es que también se ha repetido con reiteración que si bien el art. 1.902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio (SS. de 23 de marzo de 1984, 1 de octubre de 1985, 2 de abril y 17 de diciembre de 1986, 17 de julio de 1987 y 28 de octubre de 1988).

**Diligencia exigible a quienes explotan un establecimiento público.**— La diligencia exigible a quienes explotan una Sala de Bingo u otro establecimiento público donde se produce aglomeración de gente, abarca no sólo la necesaria para impedir el evento dañoso (incendio), sino también la adecuada para la neutralización de sus efectos y, por supuesto, que no se incremente el riesgo, es decir, que una hipotética conducta imprudente de persona indeterminada no se vea favorecida por una falta de previsión que conduzca al resultado lesivo (STS de 19 de diciembre de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**— A consecuencia del incendio producido en una Sala de Bingo fallecieron varias personas. Aunque se desconoce el origen del incendio, se declara probado que en la Sala de Bingo, las telas y el material de la misma eran muy combustibles y estaban pegadas a la pared con alquitrán, también muy combustible. Además de la puerta de entrada, había otras dos puertas, pero una comunicaba interiormente con un cine y la otra estaba cerrada e incluso forrada por el interior con tela o moqueta de la empleada en las paredes, lo que impidió que se pudiera abrir desde dentro. Se declara la responsabilidad civil extracontractual solidaria a los componentes de la sociedad irregular que explotaba el Bingo, absolviendo a la aseguradora. (L.F.R.S.).

**24. Responsabilidad extracontractual: necesidad de que el hecho dañoso sea imputable a la conducta culposa o negligente del demandado.**— Lo acreditado, en el curso del pleito, no permite apreciar la existencia del indispensable nexo causal entre el incendio y la conducta activa o pasiva (acción u omisión), que cupiera atribuir a los codemandados-propietarios del Teatro siniestrado. Nada autoriza, pues, a mantener una conclusión distinta a la de las Salas de instancia: el siniestro debió producirse por la acción, dolosa o culposa, de terceras personas no identificadas. Por tanto, «ante la imposibilidad de imputar a dichos litigantes algún género de actividad culposa o negligente con aptitud para originar el incendio producido, es de llegar a la definitiva conclusión de que la conducta enjuiciada no tiene cabida en el artículo 1.902 del Código, lo cual, no supone contradecir la doctrina consolidada de la Sala acerca del mentado artículo, que puede resumirse del siguiente modo: el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, de tal suerte que se exige, por punto general, la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, y si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba o acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin excluir, en modo alguno, el clásico principio de la responsabilidad por culpa y sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir (doctrina que es recogida, entre otras, en las sentencias de 29 de marzo y 25 de abril de 1983; 9 de marzo de 1984; 21 de junio y 1 de octubre de 1985; 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 y 19 de febrero de 1987)».

**Recurso de apelación: la inasistencia del Letrado al acto de la vista no implica indefensión.**— La inasistencia (alegando causa de enfermedad) del Letrado de la parte apelante al acto de la vista ante la Audiencia, no implica, en principio, ninguna indefensión, puesto que «el recurso de apelación se caracteriza por constituir una depuración de la sentencia de Primera Instancia a través de un nuevo juicio con finalidad revisora, de tal manera que no se limitan los poderes del órgano jurisdiccional de alzada para conocer de la total actividad del de instancia...» Además, aunque el artículo 323-6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite suspender la vista cuando la enfermedad del letrado hubiese sobrevenido dentro de las 48 horas anteriores a la misma, para ello se precisan dos circunstancias: que la contingencia haya llegado al conocimiento del Tribunal con la necesaria antelación, a fin de disponer de tiempo hábil para acordar su suspensión, y que la enfermedad haya quedado suficientemente justificada a juicio de la Sala». Las consideraciones que anteceden, impiden entender infringidos los artículos 24, apartado 1.º y 2.º, de la Constitución y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**Prescripción de la acción derivada del artículo 1.902 del Código Civil. Interrupción de la prescripción.**— La sentencia recurrida apreció la excepción de prescripción alegada por algunos de los codemandados, siendo así que «... no había transcurrido el plazo del año que, para la prescripción de la acción encami-

nada a exigir responsabilidad civil por vía del artículo 1.902 del Código Civil, se establece en el artículo 1.968-2.º del precitado texto legal...», y que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias «aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, artículo 1.974 del Código Civil». Tales conclusiones determinan la estimación del motivo, sin embargo dicha estimación ha de entenderse como cautelar y supeditada a que la acción ejercitada «se acoja en cuanto al fondo, pues de no ser así, el fallo absolutorio no sufriría modificación alguna, y, en tal sentido, es de destacar, como doctrina consolidada de la Sala, que cuando la apreciación de un motivo no altera la sentencia a dictar, el motivo en cuestión carece de alcance y efectos casacionales (sentencias de 13 de mayo de 1983; 21 de marzo y 21 de mayo de 1985; 27 de octubre de 1988 y 5 de febrero de 1990)». El total rechazo a la cuestión de fondo debatida en este recurso, conduce, de acuerdo con lo afirmado, a considerar carente de relevancia casacional la estimación de este motivo. (STS de 8 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El incendio producido en un Teatro, propiedad de los codemandados, ocasionó la casi total destrucción del piso-vivienda, así como del mobiliario, ropa, alhajas y enseres, contenidos en dicha vivienda. El actor-recurrente demanda a los propietarios del teatro y a la sociedad aseguradora del mismo pidiendo fueran solidariamente condenados al pago de la indemnización correspondiente a los daños causados. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia desestimaron respectivamente la demanda y la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar el recurso de casación (I.A.F.).

**25. Culpa extracontractual: Acción de daños contra Administración Pública: Jurisdicción competente: Doctrina jurisprudencial: «Vis atractiva» de la jurisdicción ordinaria: Carácter residual de la jurisdicción civil.**— La jurisdicción competente para el conocimiento de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios causados por culpa extracontractual, dirigidas contra las Administraciones Públicas, ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala con disparidad de criterios originadora de sentencias contradictorias como se recoge en la sentencia de 1 de julio de 1986, en la que se realiza un pormenorizado examen de la doctrina legal, al que se remite la sentencia de 28 de marzo de 1990; no obstante, la mayor parte de las resoluciones de esta Sala que modernamente han tratado de la cuestión, vienen atribuyendo esta competencia a la jurisdicción civil, no sólo en aquellos supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, sino también cuando es demandada conjuntamente con personas jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, y ello por la *vis atractiva* de esta jurisdicción como por el carácter residual de la misma; este criterio de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado por el art. 117.5 C.E. y recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, cuyo art. 3.1 afirma que «la jurisdic-

ción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos», en tanto que su art. 9.2 dispone que «los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», funcionando así el orden jurisdiccional civil como residual (s. de 2 de febrero de 1987) competente para conocer de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana de un particular aun cuando se combine solidariamente con la de la Administración Pública.

**Daño indemnizable: Obras de urbanización que reducen aguas de un pozo.**—La existencia de un daño indemnizable como requisito constitutivo de la responsabilidad extracontractual, es cuestión de hecho que sólo puede ser combatida en casación por la vía del n.º 4.º del art. 1692 L.e.c.; en el presente caso el Ayuntamiento que encargó a una empresa constructora las obras de instalación de un colector de desagüe de aguas residuales y pluviales, no estaba realizando obras para el aprovechamiento de aguas subterráneas, por lo que no son aplicables ni los preceptos de la Ley de 1879 ni de la vigente de 1985; y aunque la instalación del colector se llevaba a efecto de acuerdo con los proyectos de urbanización del polígono en que se ubicaba, no es obstáculo a la existencia de culpa, ya que la reprochabilidad del daño causado no está contemplada desde la existencia y licitud del proyecto, sino atendiendo a su ejecución, llevada a cabo con negligencia productora de daños al no haber tenido en cuenta la proximidad de los pozos existentes en la zona ni las condiciones geológicas del terreno.

**Solidaridad.**— La consolidada doctrina de esta Sala ha manifestado que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las respectivas responsabilidades, como en el supuesto litigioso en el que el hecho originador del daño es atribuible tanto a la empresa constructora como al Ayuntamiento codemandado, sobre todo una vez que el actor puso en su conocimiento el daño producido, sin que sea posible discurrir en qué grado es imputable a cada uno de ellos.

**Daños continuados: Alcance de la indemnización.**— Acreditado en autos el daño causado, el principio de indemnidad que rige la materia exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el daño, sin que pueda limitarse al resarcimiento al tiempo de la presentación de la demanda pues subsistiendo la causa productora del daño hasta tanto no se restablezca la configuración del terreno a su estado anterior, es claro que continúa la lesión al patrimonio del actor que debe ser resarcido totalmente; otra cosa obligaría al actor a iniciar un nuevo procedimiento para reclamar la indemnización de los perjuicios producidos desde la interposición de la demanda hasta el momento de la restauración del terreno que hiciese cesar la causa productora del daño (STS de 28 de abril de 1992: Ha lugar en parte).

NOTA.— En 1985 Pantaleón (*Responsabilidad civil: Conflictos de jurisdicción*, p. 236 ss.) después de un minucioso análisis de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa propugnaba una reforma legislativa que consagrara la unidad de jurisdicción con competencia exclusiva de los Tribunales civiles. A distancia de ocho años, el panorama legislativo no ha recibido una formulación absolutamente nítida, en uno u otro sentido, y la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> se mantiene en una línea parecida, sosteniendo el carácter residual de la jurisdicción civil, que se aplaude por la doctrina (así Lacruz, *Elementos*, II-1<sup>2</sup>, p. 597, defiende por razones de equidad la *vis atractiva* de la jurisdicción civil en algunos casos). Es cierto que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, reitera la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de las reclamaciones por daños patrimoniales causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y también cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado (arts. 139 a 144). Pero no dicen que tal competencia sea exclusiva, por lo cual, y dada la orientación seguida por la Sala 1.<sup>a</sup>, la situación de confusión no tiene visos de variar. En el presente caso, junto al Ayuntamiento, se demandaba a la empresa constructora de las obras causantes del daño, por lo cual la competencia civil se hace menos dudosa. El recurso se estima al no haberse declarado la responsabilidad solidaria ni apreciarse la existencia de daños continuados, que deben ser plenamente resarcidos (*G.G.C.*).

**26. Responsabilidad civil nacida de delito: No procede cuando no hay declaración de infracción penal: Identificación de la acción ejercitada: Prohibición de la «mutatio libelli».**— En el escrito de demanda se dice que se ejercitan en ella «las acciones derivadas, no precisamente del art. 1902 C.c., sino la acción del art. 1092, es decir cual consecuencia de obligación civil nacida de delito»; la sentencia desestimatoria basada en que la demanda fue presentada después de haber recaído sobreseimiento provisional no infringe el art. 24.1 C.E. por no detectarse indefensión alguna de la recurrente, a la que en ningún momento se le ha denegado la tutela jurídica procedente, y, además, la desestimación del recurso procede por las siguientes consideraciones: a) En las acciones de condena nacidas del Derecho de Obligaciones, la acción se identifica con la alegación de la relación jurídica y del hecho jurídico del que la misma ha nacido, lo que se expresa en la demanda con base en una infracción penal que no ha sido declarada, y no, según se reitera en ella, en un acto ilícito civil, el cual se intenta en este recurso extraordinario hacer figurar como base de la acción, alterando la *causa petendi* alegada; b) Esta Sala, en sentencia, entre otras, de 9 de octubre de 1971, faculta para ejercitar en estos casos la acción basada en los arts. 1902 y ss. pero «siempre que no se haya sustanciado la acción civil en proceso penal y que la demanda se base en el art. 1093», cuyo caso no es el ahora contemplado; según s. de 18 de septiembre de 1988, confirmatoria de otras anteriores, el principio *iura novit curia*

sólo puede ser aplicado por los Tribunales cuando puestos en relación los hechos que sirven de fundamento a la demanda con los pedimentos que en el suplico de la misma se contienen, la norma jurídica cuya aplicación es permisible aflore con carácter indubitado, pero no cuando, como en el supuesto *sub iudice*, la elección de otra norma, implica una alteración de la acción originariamente postulada, con consecuencias dispares; y c) las normas a que se remite el art. 1092 son completamente distintas de aquéllas a que se refieren los arts. 1093 y 1902 C.c.

**Incongruencia.**— Las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones planteadas y no son susceptibles de incongruencia (STS de 18 de junio de 1992: No ha lugar).

NOTA.— A la vista de los datos fácticos ofrecidos en la s. extractada hay que dar plenamente la razón al T.S. por más que los hechos sean dolorosos (se trata de la reclamación de indemnización por muerte en accidente del marido y de una hija de la actora). Después del sobreseimiento provisional de las diligencias penales la demanda se interpone en ejercicio de la acción civil nacida de delito excluyéndose expresamente la basada en el art. 1902 C.c. Hay que calificar de grave error semejante tipificación de la acción dado que el sobreseimiento provisional, en la práctica, se convierte en definitivo, con la inevitable consecuencia de hacer perder a su cliente una más que justa indemnización, y ya de modo definitivo por haber transcurrido con exceso el plazo de prescripción. ¿Un supuesto de responsabilidad civil por negligencia profesional? La estricta aplicación de la normativa en vigor sobre la *mutatio libelli* por parte del T.S., que inicialmente he aprobado, no despeja, sin embargo, todas las dudas sobre la oportunidad de ejercer la «jurisdicción de equidad» que en ocasiones análogas ha utilizado la Sala I.<sup>4</sup> (G.G.C.).

#### 4. DERECHOS REALES

**27. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La buena fe.**— Carece de fundamento la exigencia de aplicación del artículo 34 L.H. en favor del recurrente, ya que la misma Sala de Apelación pone de manifiesto los hechos objetivos y reales que configuran la mala fe en la actuación del mismo. No es que no se haya aplicado en la sentencia recurrida el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que fue tenido en cuenta «a contrario sensu» atendida la falta de buena fe del recurrente, por confabulación manifiesta, ya que, estándose en presencia de una doble venta de bienes inmuebles, quiebra el principio de la buena fe exigida por el artículo 1.473 del Código Civil para resolver con arreglo a la prioridad registral estos supuestos. No es tercero protegido hipotecariamente (sentencia de 29 de marzo de 1960), el adquirente que tuviera un perfecto conocimiento de las condiciones en que hubo de verificar la adquisición, aunque éstas no resulten del Registro, cono-

cimiento que ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble, o sea, aquél en que se efectúe la «traditio ficta» por el otorgamiento de la escritura pública, en base al artículo 1.462 del Código Civil si de la misma no resultare o dedujera claramente lo contrario, siendo además insubsanable esa mala fe, (conocimiento de la inexactitud registral, no en la regla de conducta del adquirente como en la mala fe contractual), por la inscripción registral (sentencias de 25-11-1944; 26-2-1952; 31-5-1960 y 16-11-1979). La buena fe es un concepto jurídico que ha de ser soporte de valoración de los hechos acreditados, por lo que los mismos han de ser impugnados por la vía del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a la falta de buena fe del recurrente (**STS de 23 de diciembre de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Santander fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía sobre declaración de propiedad y otros extremos. El Juzgado dictó sentencia en fecha 11 de mayo de 1988 absolviendo a los demandados. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 1989, estimatoria del recurso, anulando el fallo anterior. El posterior recurso de casación interpuesto por la parte condenada, no es estimado por el Tribunal Supremo (*J.L.B.*).

**28. Los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal han de ser impugnados en el plazo de treinta días que marca la norma 4.<sup>a</sup> del art. 16 de la citada Ley.**— La norma 4.<sup>a</sup> del art. 16 LPH autoriza la impugnación de los «acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos», y la doctrina de esta Sala tiene declarado que entre los primeros se han de incluir los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal (sentencias de 4 de abril y 18 de diciembre de 1984 y 25 de noviembre de 1988). El que ha dado origen a este litigio fue adoptado para un gasto concreto y determinado contrariando la regla de la contribución a los gastos de conservación y reparación de los elementos comunes según la cuota de cada propietario, y por ello indudablemente —sobre la base de que la terraza del ático del recurrente es un elemento común según su tesis— es un acuerdo contrario a la Ley de Propiedad Horizontal y a los estatutos, sujeto al plazo de caducidad de la tan repetida norma 4.<sup>a</sup>.

**El plazo de caducidad se cuenta desde el acuerdo o desde la notificación del mismo, pero no desde la fecha de redacción y aprobación del acta de la Junta de Propietarios, que sólo es un reflejo de lo ya existente.**— Se atribuye al acta de la Junta un carácter constitutivo de los acuerdos que no posee: es mero «reflejo» de los mismos (art. 17 LPH), y sólo se puede reflejar lo que ya existe. El acta podrá servir como prueba preconstituida, pero en modo alguno la única admisible; la solemnidad «ad probationem» no se establece expresamente por la LPH, y por su importancia procesal no puede interpretarse el art. 17 LPH en ese sentido. La norma 4.<sup>a</sup> del art. 16 LPH además es clara: el plazo comienza a contarse desde acuerdo o desde la notificación, si hubiera estado ausente el que im-

pugna. Probado en autos, sin que se haya combatido en el recurso esta apreciación, que el recurrente asistió y votó en la Junta de 28 de octubre de 1986, los treinta días de plazo de ejercicio de la acción impugnatoria empiezan desde el día siguiente, pues el precepto legal no exige que a la demanda se acompañe copia o certificado del acta.

**La seguridad jurídica es la «ratio legis» del plazo de caducidad.**— Ciertamente que el acuerdo en cuestión se tomó sin estar previsto en el orden del día, pero no deja de ser un acuerdo contrario a la LPH, que debió ser impugnado por el recurrente en el plazo de 30 días. No puede aceptarse que no tenga plazo de impugnación por el carácter de la nulidad que le atribuye (absoluta y radical), porque se crearía una inseguridad en la vida jurídica de la Comunidad de Propietarios el que cualquier acuerdo con vicios formales pudiese ser impugnado por un comunero en cualquier tiempo que quisiese, cuando estuvo presente en la Junta en que se adoptó y votase en contra —como es el caso del recurrente—, siendo así que la «ratio legis» de la norma 4.<sup>a</sup> del art. 16 LPH es dar la mayor certeza y seguridad a los acuerdos ilegales o antiestatutarios, limitando el plazo de impugnación y obligando a ejercitar la acción en el mismo, en otros términos, señalando un plazo de caducidad que no admite interrupción como la prescripción (STS de 2 de marzo de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— El propietario de un ático de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a la comunidad de propietarios, en acción de nulidad del acuerdo tomado en Junta de propietarios por el que se impone al demandante la contribución del 70% del coste total de la terraza del mencionado ático, acuerdo que según la parte actora no figuraba en el orden del día. Se rechaza la acción por haber caducado el plazo de 30 días que la norma 4.<sup>a</sup> del art. 16 de la LPH establece para impugnar los acuerdos comunitarios.

NOTA.— No está tan clara la cuestión debatida como lo aprecia el Magistrado ponente. La sentencia del T.S. de 6 de febrero de 1989, posterior a las que cita en apoyo de su tesis, reconoce que la solución de la calificación como nulo o anulable del acuerdo de la Junta general de propietarios que infringe preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal no es nada pacífica en el ámbito doctrinal e incluso en el jurisprudencial. Las sentencias del T.S. de 3 de mayo de 1988 y 30 de noviembre de 1991 consideraron nulos de pleno derecho unos acuerdos adoptados por infringir preceptos de la citada Ley, sin que se produjera la caducidad a que se refiere la norma 4.<sup>a</sup> del art. 16. En este mismo sentido, las sentencias del T.S. de 11 de febrero y 10 de octubre de 1985, 13 de octubre de 1988 y 25 de octubre de 1989 consideran que los acuerdos que contravengan los arts. 12 a 17 de la LPH se pueden impugnar sin la limitación del plazo de caducidad de 30 días. Hay ocasiones en que la justicia debe imponerse a la seguridad jurídica. (L.F.R.S.).

**29. Caducidad de la acción de impugnación de acuerdos tomados en Junta general extraordinaria de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal por no tratarse de una cuestión afectada por la nulidad de pleno derecho.**— Es cierto que la sentencia de 9 de octubre de 1987, siguiendo el criterio imperante hasta entonces, estableció la doctrina de que no podían celebrarse en segunda convocatoria válidamente si se habían hecho las citaciones para ella coetáneamente con las de la primera, aunque hubiera un cierto lapso de tiempo en la fijación de la hora a celebrar entre una y otra, pero no es menos cierto que ese rigor extremo no venía establecido por dicha norma explícitamente y por ello la Ley de 23 de febrero de 1988 tuvo que reformar la Ley primitiva de 21 de septiembre de 1960, en el sentido más conforme a las conveniencias naturales del funcionamiento de la Comunidad, de suerte que el tema propio de la violación legal propuesto en el motivo desapareció a partir de la nueva Ley sin posibles dudas (sentencia de 16 de junio de 1988); pero como quiera que cuando se celebró dicha Junta, tal defecto no era de los que la doctrina de esta Sala consideraba insubsanables porque fueran nulos de pleno derecho, quíérese decir que la impugnación que en este sentido se hace ahora, debió verificarse dentro de los treinta días de su celebración o notificación, por lo que su validez en éste sentido es axiomática (art. 16-4.º de la Ley de Propiedad Horizontal y sentencias de 14 de febrero de 1986 y 2 de abril de 1990 y 17 de abril de 1990).

**Las actuaciones controvertidas son actos de administración, donde no se exige la unanimidad de los comuneros.**— Habida cuenta del sustancial cambio del sistema de explotación de los apartamentos que constituyen el soporte físico de la Comunidad ya expuesto anteriormente, es evidente que tal transformación implicaba la adopción de medidas en el transcurso del tiempo futuro más que de propia y específica disposición, de mera administración que no exigen unanimidad sino simple mayoría (sentencias de 19 de enero y 23 de diciembre de 1982) como lo es el estudio y resolución de la propuesta de supresión del servicio central de agua caliente al ser susceptible de individualización y haber desaparecido la imprescindible explotación en común de los apartamentos en régimen de hostelería y lo mismo cabe decir del desmontaje y venta del utillaje inservible y chatarra del aire acondicionado que sufrió la misma radical transformación, así como el aconsejable arrendamiento de zonas comunes que no guardan ya la apropiada finalidad del servicio turístico con el drástico cambio de destino del complejo apartamental, decidido en 1976 ante la ruinosa explotación de que era objeto siguiendo ese sistema y otro tanto acaece con la reconstrucción del «Bar la Barca», que fue sustancialmente afectado por un expediente expropiatorio del Ayuntamiento de Benalmádena y que obviamente necesitará de un replanteo o remodelación para su subsistencia, pues todos estos acuerdos son reflejo de la necesidad de acomodar a la nueva situación fáctica de funcionamiento del complejo de propiedad horizontal las viejas instalaciones del Apartahotel, con vistas a una mayor comodidad y economía tratando de recomponer en lo posible la maltrecha situación financiera que la prístina explotación hotelera dejó como lastre de la Comunidad y que no puede verse ahora tampoco bloqueada por la actuación mi-

noritaria que siempre tendrá a su alcance la utilización de la facultad prevenida para tales supuestos en el art. 10 de la Ley de Propiedad Horizontal y la de reclamar una actualización y acomodación de los Estatutos, pero nunca obstaculizar por sistema, el desarrollo y funcionamiento del complejo turístico en armonía con la nueva situación. (STS de 25 de febrero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Algunos copropietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal impugnaron los acuerdos tomados por una Junta General extraordinaria, por los que se decidía emprender determinadas obras. Se rechaza la pretensión en base a dos argumentos: Primero.— Por haber caducado el plazo de 30 días que señala la Ley de Propiedad Horizontal para ejercitar la acción y no tratarse de defectos que supongan la nulidad radical del acuerdo adoptado. Segundo.— Por no necesitarse la unanimidad para adoptar tales acuerdos, ya que más que de actos de disposición, se trata de actos de administración.

NOTA.— Parece más correcto exceptuar del rigurosísimo plazo de caducidad de 30 días los supuestos que se interpreten como de nulidad absoluta de los acuerdos, a diferencia de lo que hace la casi coetánea sentencia del T.S. de 2 de marzo de 1992. (L.F.R.S.).

**30. Acción publiciana: Doctrina jurisprudencial.**— La doctrina de esta Sala acerca de la admisibilidad, naturaleza y requisitos de la discutida acción publiciana viene establecida en s. de 7 de octubre de 1982, en la que, después de referirse a los precedentes históricos de esta acción, se afirma que «aunque la institución no está recogida en nuestro ordenamiento positivo, ello no fue óbice para la tesis afirmativa que alegó el caso de otras acciones, como la negatoria, igualmente carente de regulación legal y sin embargo pacíficamente admitida, pero sobre todo se apoyó en la corriente imperante de alternar el rigor de la exigencia de la prueba plena del dominio para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, estimándose muchas veces que para ejercitarla con buen éxito, bastaba acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre el mero poseedor; lo que dio pie, aparte de la doctrina científica, a la jurisprudencia para configurar a la acción publiciana como una de las facetas de la reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa de quien la posea con menos derecho, al modo como, con diversos matices y a veces no mencionando el nombre, se dijo en ss. de 24 de febrero de 1911, 30 de marzo de 1927, 26 de octubre de 1931, 11 de marzo de 1936, 21 de febrero de 1941, 3 de mayo de 1944 y 17 de febrero de 1961, llegándose a afirmar en s. de 6 de marzo de 1954, que está amparada, como la reivindicatoria, en el art. 348 párr. 2.º C.c., lo cual significa que, conectada con ésta, de la que vendría a ser una subespecie, se presenta como excepción basada en razones de utilidad (los antiguos prácticos la llamaban *actio in rem utilis*) a la regla general de la reivindicación, no ya en cuanto a sus efectos, pero sí en cuanto a sus requisitos, porque la atenuación del rigor probatorio no supone supresión, como pone de re-

lieve la doctrina jurisprudencial que mantiene que no basta la prueba relativa del menor derecho para la prosperabilidad de la reivindicatoria (ss. 27 de mayo de 1961 y 26 de febrero de 1970).

**Requisitos de la acción publiciana.**— Los requisitos exigidos para el supuesto excepcional de la acción publiciana, en la tesis de la admisibilidad de la figura, son, fundamentalmente, que se trate de una posesión exclusiva, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño, ejercitada frente a un poseedor de inferior derecho; en el mismo sentido, la s. de 13 de enero de 1984, afirma que frente a la tesis que considera la publiciana como *actio* posesoria típica se encuentra la de quienes, sin negar tal carácter, estiman carece de autonomía por encontrarse embebida en la reivindicatoria, posición ésta que tiene su apoyo en s. de 21 de febrero de 1941, que la diferencia de la reivindicatoria en cuanto ésta compete al titular dominical no poseedor contra quien posee sin serlo, mientras que la publiciana va dirigida a la tutela posesoria y corresponde al poseedor contra el mero detentador, mas no contra quien sea propietario.

**Carencia de posesión en el actor.**— Las cuestiones relativas a la concurrencia o no concurrencia en una persona de la cualidad de poseedor, son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación del Tribunal de instancia; en el presente caso el actor perdió la posesión del inmueble porque, recaído juicio ejecutivo, se dió posesión del inmueble al ejecutante, en presencia del ahora actor, lo que implica la tradición a que se refiere el art. 1462 párr. 1.º C.c.; posteriormente el ejecutante transmitió la propiedad en escritura pública, lo que también supone tradición instrumental ya que en dicha escritura no se hizo constar, ni de ella se deduce nada que contradiga tal entrega.

**Presunción posesoria del tercero registral.**— Los recurridos gozan de la protección registral que dispensa el art. 34 L.H., al concurrir los requisitos de este precepto, así como también de la presunción posesoria del art. 38.1 de la misma ley, que no ha resultado destruida en autos (**STS de 12 de mayo de 1992: No ha lugar**).

NOTA.— Un nuevo posicionamiento jurisprudencial a propósito de la acción publiciana en nuestro ordenamiento dado que la demanda se había fundamentado en dicha acción, y, ante su desestimación en ambas instancias, el segundo motivo del recurso se basa precisamente «en infracción de la doctrina jurisprudencial que admite el ejercicio de la acción publiciana». La s. extractada aborda frontalmente el tema en los dos primeros Fundamentos de Derecho, si bien no puede decirse que clarifique, o ayude a clarificar un tema que la doctrina acostumbra a calificar de dificultoso (así De los Mozos; en el Prólogo a De la Cuesta Sáez, *La acción publiciana*, Madrid 1984, p. 7), ni a resolver el «alto grado de indefinición» en que se encuentra la propia doctrina jurisprudencial (así M.<sup>a</sup> Rosario Valpuesta Fernández, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Valencia 1993, p. 350). Adviértase que el fallo desestimatorio del recurso debe compartirse plenamente, tal como resulta de los hechos incluidos en la s., dado que el actor, a resultas de un juicio ejecu-

tivo, aceptó la adjudicación del inmueble al acreedor, quién lo vendió ulteriores por escritura que se inscribió en el Registro, ejercitándose por los compradores la acción del art. 41 que dio lugar al desalojo total del ahora actor de la publiciana. Dedúcese que ninguna posesión natural o civil, material o jurídica, restaba al demandante, por lo cual su acción estaba destinada a fracasar cualquiera que sea el concepto que se sostenga sobre la *actio publiciana*. Las discrepancias doctrinales se apoyan, más bien, en haber seguido una dirección jurisprudencial que está recibiendo fuertes críticas por parte de la doctrina más reciente (Díez-Picazo, Puig Brutau, De los Mozos, De la Cuesta Sáez).

A juicio de Montés Penades (*Com. Min. Justicia*, I, p. 968), sería más coherente en nuestro sistema aceptar una acción publiciana como acción específica, incluso ejercitable conjuntamente con la reivindicatoria, que una reivindicatoria desnaturalizada que desplazara la materia de prueba hacia el título posesorio, como protección de un «derecho a poseer» que dependerá de la relación jurídica de que emane; podría configurarse como acción real recuperatoria a disposición del poseedor *ad usucapionem*, pero sin ser una faceta o variante de la reivindicatoria, que exige la propiedad y, además, la propiedad actual. Esta falta de coherencia es detectable en la s. extractada en cuanto que, por una parte, presenta a la publiciana como una subespecie de la reivindicatoria, y, por otra, ratifica la doctrina jurisprudencial que mantiene que no basta la prueba relativa del menor derecho para la prosperabilidad de la última acción. En último término en favor del carácter autónomo y específico de la publiciana caben invocar las razones de equidad que apunta Lacruz (*Elementos*, III-1.º, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 379). (G.G.C.).

**31. Usucapión ordinaria contra tábulas. Inicio del cómputo de los plazos.**— En contra del tercero, el artículo 1949 del Código Civil sólo admite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria contra tábulas a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente. La posesión anterior a dicha inscripción sólo vale a efectos de la usucapión extraordinaria. «Tanto la doctrina científica como la Jurisprudencia interpretativa de los preceptos sustantivos, es terminante en la materia: declaran la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales».

**El «tercero» protegido por los artículos 462 y 1.949 del Código Civil, es aquel que reúne los requisitos de «tercero hipotecario» según la legislación registral.**— Los artículos 462 y 1.949 del Código Civil se refieren a la prescripción ganada «en perjuicio de tercero», y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sean pensando en el concepto de «tercero hipotecario», de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe

ser así, pues ambos preceptos sustantivos se están remitiendo «a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» (artículo 462), y a los efectos de producir «contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1.949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del artículo 36 de la Ley de Hipotecas, cuando textualmente se refiere «a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34»; requisitos que sitúan a esta concreta figura del tercero en una posición privilegiada, pues «cuando no concurre en él tal condición, la prescripción adquisitiva del poseedor del inmueble opera aunque éste no tenga inscrito su título adquisitivo, con arreglo a lo que disponen las normas generales contenidas en los artículos 447, 1.930, 1.940 y 1.957, todos del Código Civil; carácter normal o común del prescribiente que sanciona el artículo 36.3 de la Ley Hipotecaria, en contraposición con las especiales exigencias y condiciones requeridas para la defensa del tercer hipotecario, que anteriormente hemos señalado». (STS de 31 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Mediante escritura pública de compraventa, datada el 4 de diciembre de 1968, los demandados adquirieron la mitad indivisa de la finca litigiosa de la persona que, en aquella fecha, aparecía como titular registral de tal inmueble. Dicha adquisición fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 11 de agosto de 1969.

El propio transmitente constituyó, en garantía de un préstamo, una hipoteca sobre la totalidad de la finca, «...resultando en los autos muy dudosa...» tanto la fecha de formalización, 29 de diciembre de 1969, como la de inscripción en el Registro, 4 de enero de 1968 (sic.). Ante el impago del préstamo garantizado, el acreedor hipotecario instó procedimiento ejecutivo que dio lugar a la posterior subasta y adjudicación de toda la finca el día 13 de septiembre de 1974. El adjudicatario, en escritura fechada el 30 de octubre de 1974, aportó el inmueble a la Sociedad Anónima actora, la cual entró a poseerlo en ese mismo momento. Ninguna de estas dos transmisiones (adquisición en pública subasta y aportación a la Sociedad Anónima) lograron inscripción registral, pues el expediente de dominio, iniciado por la ahora Sociedad demandante el 17 de octubre de 1984, fue denegado a causa de no haberse justificado el dominio de media finca, según la oposición que a tal expediente hicieron los ahora demandados.

La entidad adjudicataria interpuso posteriormente una demanda pidiendo la declaración de dominio de la finca en su integridad así como la cancelación de la inscripción, a favor de los demandados, de una mitad indivisa de dicha finca, mitad que la actora pretende haber adquirido por usucapión ordinaria. Tanto la demanda como la apelación fueron desestimados por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia, respectivamente. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar el recurso de casación (I.A.F.).

**32. Prohibición de dividir o segregar una finca rústica en parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo. Rechazo del motivo por no especificar en cuál de las excepciones se hallan las fincas objeto de la litis.**— Al comprender el art. 44.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 (que aquí se invoca genéricamente como infringido) tres supuestos distintos de excepción a la norma general (art. 44.1) prohibitiva de la división o segregación de una finca rústica en parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, cuyos supuestos de excepción enumera el apartado 2 del citado precepto bajo las letras a), b) y c), según se trate de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes —letra a)—, de destino de la porción segregada a cualquier género de edificación o construcción —letra b)— o de destino de la parcela segregada a huerto familiar —letra c)—, y al no especificar la recurrente (en el desarrollo del motivo) en cuál de los tres expresados supuestos de excepción considera incluido el caso que nos ocupa, resulta prácticamente imposible el estudio del motivo en los términos en que aparece planteado.

**No cabe sumar la superficie de dos parcelas no colindantes para alcanzar la unidad mínima de cultivo.**— Ninguna de las dos parcelas de que es arrendataria la aquí recurrente D.<sup>a</sup> Angela-Ignacia Pérez Eguía, alcanza la extensión superficial exigida en la provincia de Santander para las unidades mínimas de cultivo (veinte áreas), pues las mismas, como ya se tiene dicho, miden diecisiete áreas y sesenta y seis centiáreas (una de ellas) y tres áreas y doce centiáreas (la otra), sin que, por otro lado, sea permisible, como aquí pretende la recurrente, sumar las extensiones superficiales de las dos para salvar el expresado escollo legal, pues si así se hiciera, se vendría a favorecer indirectamente el fraude de ley, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico (art. 6.4 del Código civil), toda vez que las dos referidas parcelas, una vez retraídas, al no poder ser agrupadas, dada la falta de contigüidad física o colindancia entre ellas, ni aparecer probado que reúnan los requisitos exigidos para poder ser conceptuadas como una finca discontinua (número 2.º del art. 8 de la Ley hipotecaria y números 2.º y 3.º del art. 44 del Reglamento hipotecario).

**Falta de identificación del supuesto litigioso con los huertos familiares.**— La reglamentación de los llamados «huertos familiares», contenida principalmente en el Decreto de 12 de mayo de 1950 (al que se remite la Disposición Adicional Transitoria Octava de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973) carece en absoluto de aplicación al presente supuesto litigioso, pues la misma se refiere a unas fincas adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización (u organismo oficial que le haya sustituido) para el cumplimiento de su misión parceladora y adjudicadas por dicho organismo oficial a los Ayuntamientos para que éstos, a su vez, entreguen el disfrute (no el pleno dominio) de tales huertos familiares a los obreros agrícolas de su término municipal, los que quedan obligados al pago de un canon anual y pierden el referido disfrute en caso de incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetos (arts. 6.º y 7.º del citado Decreto de 12 de mayo de 1950), ninguno de cuyos requisitos concurren en el caso litigioso que nos ocupa, en el que se trata de un terreno de propiedad privada, respecto del cual la arrendataria de dos de sus parcelas (que es profesional de la agricultura, no obrero agrícola) pretende adquirir el pleno dominio de las mismas a virtud exclusivamente del retracto arrendaticio rústico, lo que, ni siquiera por

analogía, guarda relación alguna con la expresada reglamentación de los llamados «huertos familiares», que siempre requieren una previa calificación de tales por el órgano administrativo competente, que aquí no se ha dado. (STS de 5 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La arrendataria de dos fincas rústicas ejerció acción de retracto, que fue rechazada por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, al impedirse el retracto cuando cada una de las fincas es de extensión a la exigida para la unidad mínima de cultivo y al no haberse probado que las dos fincas, que no eran colindantes, forman una sola finca funcional.

NOTA.— La alusión al fraude de ley, aunque sea *obiter dicta*, parece excesiva si se tiene en cuenta que esa figura exige una actuación jurídica que suponga un rodeo, proyectado para eludir la aplicación de una norma. En este supuesto no se da esa actuación jurídica. Simplemente, la recurrente esgrime que la suma de extensión de las dos fincas arrendadas supera la unidad mínima de cultivo, argumento que hubiera podido prosperar si se hubiera probado que se trataba de una finca funcional.

Por otra parte, no deja de ser curioso que la sentencia se apoye en una normativa que impide la división o segregación de fincas cuando en el supuesto de hecho las fincas están ya divididas y eso ya no hay quien lo cambie. La actora no pretendía dividir sino retraer, para convertir un arrendamiento en propiedad. (*L.F.R.S.*).

**33. No se cumplen los requisitos para ser colaborador y tener derecho a la adjudicación en exclusiva de una finca rústica, tras el fallecimiento de su propietaria.**— El actor no ostenta la cualidad de colaborador ni conforme a la legislación actual ni con arreglo a la anterior, pues a ello se oponían su cualidad de arrendatario («con lo que todos los beneficios de la explotación redundaban a favor del demandante y no a favor de la explotación misma, limitándose a pagar cantidades arbitrarias en concepto de renta», dice el Juzgado, cuyos argumentos acepta la Audiencia por no oponerse a los suyos), contraviendo la ley el ser titular de otra explotación familiar, lo que le impediría el cultivo personal y directo, a más de no haber acreditado su convivencia con la madre, ni depender económicamente de ella, lo que, ciertamente, acentúa —que no como circunstancia exclusiva— el que no pueda atribuírsele el carácter de colaborador a efectos de la adjudicación en propiedad pretendida, sin que a ello obste la referencia al art. 41.3 de la Ley 118/73, de 12 de enero, derogado por la Ley de 1981, precisamente por referirse al sistema sucesorio y porque aunque el actor, hoy recurrente, cultivase habitualmente el patrimonio, siempre habría sido en concepto de arrendatario y no de colaborador, siendo esta la diferencia esencial existente con el supuesto contemplado en la s. de 19 de abril de 1988, en el que concurría en el recurrente, «de hecho al menos», la cualidad de colaborador. (STS de 14 de marzo de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— El actor demandó a sus tres hermanos pretendiendo atribuirse la propiedad de la explotación agrícola que conforman un lote de la escritura pública de adjudicación de herencia. En el testamento, la madre instituyó herederos a sus cuatro hijos, sin establecer disposición respecto de la mencionada explotación.

Se rechaza la pretensión, por no ostentar el demandante y recurrente la cualidad de colaborador en la explotación durante la vida de la madre, ni haber probado que convivía con ella ni que dependiese económicamente de ella. Por el contrario, el recurrente era arrendatario de la explotación objeto de la litis, figura distinta a la de colaborador. (*L.F.R.S.*).

**34. Competencia de la jurisdicción civil en materia de derechos reales que pertenezcan al Estado.**— Deducida por la representación del Estado acción reivindicatoria sobre bienes de la Administración, máxima expresión procesal, por su carácter reipersecutorio y amplio contenido, del señorío dominical, aparente o aducido, no cabe que la jurisdicción civil soslaye su conocimiento, incluso en aquellos casos en que lo que se demande, aun sin discutirse el título de propiedad, sea la recuperación de la posesión, simplemente, porque el ocupante carezca de título o el que tenga sea insuficiente, no obstante, luego haya que dictar sentencia desestimatoria de la pretensión si resulta comprobado que el poseedor actual ostenta razón justificativa de su posesión inmediata, que hace compatible su derecho a poseer con el del propietario. Las atribuciones que, en este sentido, confiere el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son muy claras: los juzgados y tribunales españoles son competentes en el orden civil, con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España. Estas reglas determinantes de una «competencia exclusiva», no sólo tienen una proyección internacional al impedir, aun con elementos de extranjería en el caso, que un asunto de esta naturaleza sea resuelto por una jurisdicción extranjera y que pueda ser reconocida o ejecutada en España alguna resolución de otra jurisdicción, que decida un litigio acerca de la materia, sino, también, una importante proyección interna, pues ninguna cuestión litigiosa que verse sobre los indicados asuntos puede sustraerse, a efectos de resolverse con eficacia de cosa juzgada, a los órganos judiciales constitutivos del orden jurisdiccional civil.

**Derecho a la tutela judicial efectiva.**— Según indica el art. 24.1 de la Constitución (aducido bajo el ordinal 5.º del art. 1.692, con fundamento, además, en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como motivo segundo), resultaría vulnerado si se alterara en el caso concreto el régimen de atribuciones competenciales de los órganos jurisdiccionales, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta que el asunto sea conocido por el órgano judicial competente que predetermina la ley, máxime cuando la remisión implícita a órganos jurisdiccionales de otro orden, concretamente del orden contencioso-administrativo, origina las dificultades de planteamiento que lleva consigo la naturaleza revisoria de los actos de la administración, que caracteriza tal orden jurisdiccional, lo que impide que sea la Administración demandante (salvo supuestos muy excepcionales que escapan al caso).

**No cabe alegar la regla «nadie puede ir contra sus propios actos» en relación a normas no dispositivas.**— Menos afortunada es la referencia a la infracción del principio «adversus proprium factum quis venire non potest», derivado, al entender la parte recurrente —fundamento del motivo 3.º, alegado al amparo también del n.º 5.º del art. 1.692— de la actitud de conformidad del demandado en cuanto a la competencia del orden jurisdiccional civil en el juicio de precario antecedente al juicio reivindicatorio, pues la voluntad, ni la manifestada expresa, ni la manifestada tácitamente por las partes o alguna de ellas, influye en la calificación legal del orden jurisdiccional correspondiente, por encima de cualquier acto o conducta dispositiva, según estableció, entre otras, la sentencia de 7 de noviembre de 1983.

**Competencia del Tribunal Supremo para resolver sobre el fondo del asunto cuando las partes utilizaron todos las alegaciones y pruebas en el proceso y se declara la competencia de la jurisdicción civil casando la sentencia de la Audiencia.**— Aunque una interpretación literal del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pudiera dar a entender que «dejar a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda» equivale a la remisión de las actuaciones para proseguir su curso procesal a partir de la declaración hecha en esta sentencia de nuevo al Juez de primera instancia que dejó de conocer debiendo hacerlo, no cabe duda, según admite la doctrina y según resulta de decisiones de esta Sala que han obviado la cuestión, conociendo del asunto en casos semejantes, que la referida conclusión pugna con las exigencias de una interpretación sistemática y constitucional de la norma examinada que debe considerarse reducida en su ámbito aplicativo a los supuestos de abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, cuando por haber invadido la jurisdicción civil terrenos competenciales que no le corresponden, deba dejarse imprejuzgada la cuestión litigiosa afectada y señalando el orden jurisdiccional competente para conocer la materia, mientras que en los casos de ejercicio defectuoso de la jurisdicción, sólo parecería ilícito el reenvío si la indebida declaración de incompetencia hubiera impedido la aportación de las necesarias alegaciones de parte y pruebas sobre los hechos debatidos en el fondo, no cuando tal situación no se produce, pues la declaración de incompetencia tiene su causa en la estimación de una excepción de incompetencia de jurisdicción alegada como perentoria y, por tanto, con plenitud de alegaciones y peticiones eventuales (incluso reconvencción como aquí acontece) y libertad de proposición y práctica de pruebas, de acuerdo con la ley, extendida al completo objeto del proceso. De aquí que, teniendo presente los propósitos simplificadoros del legislador de 1984, al eliminar la segunda sentencia, fortaleciendo la posibilidad de resolver el asunto de instancia en la misma sentencia casacional, en cuantos casos resulte posible, y los requerimientos que impone, en cuanto a la evitación de dilaciones indebidas, un recto principio de economía procesal acorde con la efectividad de derecho a la tutela judicial que proclama el art. 24 de la Constitución, ha de concluirse que en supuestos como el presente el tribunal de casación asume en plenitud los poderes del juzgador de instancia «dentro de los términos en que aparezca planteado el debate». Esto es, desde que con desestimación de la excepción planteada debió entrarse a conocer del fondo del asunto.

**Calificación del bien litigioso como bien patrimonial del Estado y no como bien de dominio público.**— Debe concluirse, conforme al art. 1.º de la Ley de Patrimonio del Estado, que el inmueble objeto de la litis forma parte del Patrimonio del Estado pero no tiene carácter, en la actualidad, de bien de dominio público como, además, prueba indirectamente la propia conducta de la Administración que, en otro caso, hubiera hecho uso de las prerrogativas autotutelares de reintegro posesorio que, aun transcurrido el plazo del año (límite de los bienes patrimoniales) puede ejercitar la Administración, en vez de haber acudido, como hizo, al juicio de precario, precursor de esta acción reivindicatoria. Abona, asimismo, esta solución la presunción de patrimonialidad que respecto de los bienes del Estado se desprende del art. 20 de la Ley de Patrimonio del Estado.

**Extinción del comodato por finalizar el uso que se pactó.**— Dicho uso, por tanto, estaba condicionado a la subsistencia del mismo Movimiento Nacional de modo que al desaparecer la organización y su sentido informador del régimen político anterior, en virtud, primero de las leyes de reforma política y, más tarde, como culminación por la Constitución vigente, que confirmaba el pluripartidismo político, finalizaba, por definición, el tiempo de uso conferido por el expresado comodato. Cuando el Estado se hace cargo a título de dueño, entre otros bienes, del concreto objeto de la litis, el deber genérico de dedicar tales bienes a actividades de promoción sociocultural, no equivalía a la aceptación de obligaciones precedentes con concretas asociaciones que por realizar actividades, en sentido amplio, de esta naturaleza, se consideran a sí mismas como continuadoras de los intereses generales, referidas en el título de adquisición, puesto que dicho uso dependía de la orientación política del Movimiento Nacional que, al desaparecer, concluía con ella y con aquél. En el momento, por tanto, de la adquisición de los bienes por el Estado se produjo ya la extinción del comodato en los términos relatados por haber concluido el uso para el que se prestó la cosa (arts. 1.749 y 1.750 del Código civil).

**Distinción entre comodato y precario.**— Distingue la doctrina —y de tal distinción se ha hecho eco la jurisprudencia— el contrato de precario que, aunque diferenciado en el Derecho romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada (art. 1.749 del Código civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario de precario «strictu sensu» que extiende los casos de precario fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello.

**Dentro de las obligaciones del comodatario se encuentra la de satisfacer las cuotas de la comunidad del edificio en régimen de propiedad horizontal.**— A esta situación jurídica es perfectamente aplicable el art. 1.743 del Código civil en cuanto determina que el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios y que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada. La referida obligación es consecuencia natural del derecho de uso y del deber de

restitución en atención al carácter esencialmente gratuito del uso de la cosa ajena. Entre otros gastos necesarios incluye expresamente la doctrina, tratándose de viviendas en régimen de propiedad horizontal las cuotas, ordinarias o no, que deban satisfacerse y no habiéndose alegado la existencia de otros gastos que sean consecuencia de repercusiones extraordinarias o que específicamente graven la propiedad del inmueble, procede la absolución de la Administración del Estado. (STS de 31 de diciembre de 1992, ha lugar).

**HECHOS.**— La Administración del Estado interpuso acción reivindicatoria para recuperar la posesión de un piso de su propiedad que en su día había sido cedido a la demandada para la realización de actividades culturales relacionadas con la Sección Femenina.

La demandada se opuso formulando excepción de incompetencia de jurisdicción, por entender que la relación jurídica estaba basada en un contrato administrativo, sujeto a las normas y a la jurisdicción de ese orden. También alegaba, para el caso de que no se aceptara la excepción, que se declarase que tenía un derecho de retención del inmueble hasta que se le reintegrasen por la actora las cantidades que había satisfecho en concepto de gastos de comunidad.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial acogieron la excepción de incompetencia de jurisdicción, sin entrar en el fondo del asunto, pero el Tribunal Supremo acogió el recurso de casación y declaró la competencia de la jurisdicción civil, y, resolviendo el fondo del asunto, calificó la relación jurídica como comodato, sin dar lugar al derecho de retención en favor de la comodataria, por tratarse de gastos ordinarios y necesarios para el uso y conservación de la cosa (*L.F.R.S.*).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**35. En la contestación a la demanda de tercería de dominio no es preciso reconvenir para impedir el éxito de la acción.**— En toda tercería de dominio la oposición por el demandado a dicha tercería embebe todas las cuestiones por vía de excepción en las cuales se funde su enemiga al éxito de dicha acción de tercería, sin que se precise que reconvenga, explícitamente, a la acción entablada y, al punto, se puede expresar que en sentencia de esta Sala de 22-2-1991 se especificaba que no se requiere al demandado en la tercería que accione una pretensión autónoma, en el caso de autos de nulidad del contrato, cumpliendo simplemente con excepcionar según anteriores sentencias de 7-12-1985, 26-2-1987 y 10-11-1987.

**Carácter ganancial de las deudas anteriores a la modificación del régimen económico del matrimonio mediante capitulaciones matrimoniales.**— Siendo las deudas anteriores al cambio de régimen capitular, es obvio que, en origen (no existen elementos en contrario) tenían carácter ganancial, por lo cual, es

viable la traba o la afectación que se decretó con las medidas acordadas en el juicio ejecutivo.

**Inoponibilidad de la modificación del régimen económico en favor del acreedor consorcial.**— Ha de reiterarse la justeza de la sentencia recurrida por el carácter indiscutible de la deuda ganancial a que se refieren las actuaciones dadas las fechas de la misma y la vigencia, entonces, del régimen económico ganancial; y todo ello, en relación con un criterio jurisprudencial ya decantado, sostenido entre otras, por STS de 13-6-86, 5-6-90, en su referencia ratificante de la sentencia 15-3-1991, en cuanto que toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes gananciales han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por ésta contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aun después de la disolución de la sociedad puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados a uno de los cónyuges no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del art. 1.401 C.c. que dice así: «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial», supuesto de hecho, cabalmente, extensible a la problemática del conflicto, lo que dentro del juego de la inoponibilidad del cambio capitular frente a los acreedores de la sociedad de gananciales y del principio de conservación de los negocios, explica la confirmación de la tesis de la sentencia apelada.

**La inoponibilidad exige una declaración judicial que la haga valer.**— Es la inoponibilidad del cambio que exige una declaración judicial que la haga valer, pues, si bien en pura teoría, STS de 20-3-89 y 10-9-1987, la responsabilidad de los bienes consorciales persiste «ex legem», es evidente que, a través del expediente liquidatorio y ulterior adjudicación del activo consorcial a uno de los cónyuges, los bienes comunes pasan a ser sustantiva y registralmente privativos con la inquestionable alteración del régimen de responsabilidad de los mismos exigente de la destrucción de esa nueva configuración dominical que ejercita mediante la oportuna declaración jurisdiccional.

**No tiene carácter consorcial sino privativo la multa impuesta al marido por incumplimiento de sus obligaciones fiscales. Es consorcial la deuda de los intereses de demora.**— Sin que se discuta que la causa dimanante de los débitos fiscales no satisfechos por el esposo era por desplegar una actividad en beneficio de la sociedad conyugal, y que el descubierto surgió en los ejercicios económicos de los años 1980 a 1983, esto es, cuando todavía estaba vigente la sociedad legal de gananciales, es evidente que esos débitos tenían carácter ganancial, si bien la recta hermenéutica de aquel art. 1.366 C.c. deriva en que las partidas correspondientes a la multa (no así a los intereses de demora) que fueron motivadas por el impago, tienen un componente privativo

de carácter personal que, en caso alguno, pueden imputarse a la responsabilidad de la sociedad de gananciales.

**No se condena en costas cuando el recurso de apelación fue rechazado formalmente aunque implícitamente la decisión judicial incorpora la finalidad perseguida por el recurrente.**— La Sala, aunque no se explicita, se hizo aplicación de lo dispuesto en susodicho art. 710 L.e.c., en donde en su literalidad se hace constar que en el caso, por confirmación, de que se rechace el recurso de apelación se impondrán las costas al apelante salvo que motivadamente se razone lo contrario y cuyo silencio podría entenderse en esa línea, sino sobre todo, porque, resplandece que, aunque se desestime ese recurso, no obstante, siendo su objetivo el aclarar la sentencia para que se incluyan las correspondientes partidas de los recargos por intereses de demora y multa, ello fue asimismo admitido, según se especifica en el FJ 5 de la recurrida, por lo que, en cierto modo, a pesar de esa desestimación formal del recurso de apelación, como el fin perseguido por el mismo fue incorporado en la nueva tesis de decisión judicial que se pronunció, no cabe pensar en una absoluta desestimación del mismo (STS de 19 de febrero de 1992, ha lugar en parte).

HECHOS.— La Recaudación de Tributos del Estado instó un procedimiento de apremio contra una persona casada, por los años 1980 a 1983. El deudor había otorgado capitulaciones matrimoniales a finales de 1983, inscribiéndose la escritura pública en el Registro de la Propiedad a principios de 1984.

Cuando en el procedimiento de apremio se constató la insuficiencia de bienes del deudor, a finales de 1986, se embargaron las fincas adjudicadas al cónyuge del deudor, que interpuso una tercería de dominio que fue rechazada en cuanto a la deuda tributaria y los intereses de demora (que se consideran deudas consorciales), pero admitida por el Tribunal Supremo en cuanto a la multa, que se considera deuda privativa.

NOTA.— La declaración de inoponibilidad requiere un previo debate jurídico entre las partes del procedimiento, por lo que parece incorrecto no darle al tercerista oportunidad para que se defienda de esa posibilidad. Tampoco parece correcto dar por supuesto que la deuda contraída únicamente por el marido es de carácter consorcial: más bien cabe pensar lo contrario, como tiene establecido la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado desde la resolución de 16 de febrero de 1987. Es cierto que las deudas contraídas por el marido con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981 se presumían consorciales, pero las posteriores a esa reforma no tienen el mismo tratamiento.

Es acertada la solución de la inoponibilidad aplicada al supuesto de que la deuda contraída por uno de los cónyuges sea calificada como consorcial, así como la necesidad de que sea declarada esa inoponibilidad por vía judicial. (L.F.R.S.).

**36. Disolución de la comunidad de bienes entre ex-cónyuges.**— En cuanto al art. 96 del C.c., se tiene que los requisitos establecidos en su párrafo 4.º para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular no son exigibles cuando aquélla es copropiedad de ambos ex-cónyuges, pues ha de prevalecer—en cuanto a la cesación de la comunidad— el criterio inspirador del art. 400 del C.c. fundado en los graves inconvenientes que comporta la indivisión, sin que sea suficiente para desconocerlo la medida adoptada a consecuencia del divorcio, siempre y cuando, como aquí sucede, al constar expresamente en la sentencia recurrida en ejecución de la cual podría producirse la venta (art. 404 del C.c.), se garantice el derecho dimanante de aquélla, por lo que la sentencia impugnada no infringe el art. 96 ni tampoco, desde la perspectiva constitucional, cuanto deriva de la protección de la familia y, en particular, a los hijos menores. (STS de 22 de diciembre de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**— D.<sup>a</sup> Carmen M.E. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia reclamando a su ex-marido 1.439.417 pts. y 390.200 pts. en concepto de gastos de hipoteca y de la Comunidad de propietarios, con sus intereses. El demandado formuló reconvencción solicitando la división de las fincas que pertenecían en copropiedad y proindiviso a ambos ex-cónyuges, esto es, un piso o vivienda y dos plazas de garaje, además de la mitad de todo lo que hubiera obtenido su ex-mujer por el disfrute, alquiler o beneficios aportados por las dos plazas de garaje y habitaciones de la vivienda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando totalmente la demanda de D.<sup>a</sup> Carmen M.E. y parcialmente la reconvencción, condenando al demandado al pago de las referidas sumas más sus intereses desde la interposición de la demanda y a la actora a la división de las dos plazas de garaje. La Audiencia Provincial modificó esta sentencia reduciendo la cantidad a abonar por el demandado en concepto de gastos de la Comunidad de propietarios a 66.000 pts; y estimando totalmente el recurso interpuesto por el demandado-reconveniente, declaró haber lugar a la división del piso que poseían en común, mediante su venta y reparto del precio, a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de los copropietarios con indemnización al otro, ello sin perjuicio del derecho de a su uso y ocupación atribuido a D.<sup>a</sup> Carmen M.E. e hijas. El T.S. desestimó el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Carmen M.E. (V.M.L.).

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**37. El principio de igualdad. La igualdad «en» la Ley y la igualdad «ante» la Ley.**— El recurso de casación, en su primer motivo, alega violación del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, al haber

aplicado la Audiencia los artículos 253 y 24 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, según la redacción que les daba el antiguo texto de fecha 21 de julio de 1960. Tales preceptos configuraban un sistema de limitaciones sucesorias respecto a los cónyuges de segundas o ulteriores nupcias. La Ley de 20 de marzo de 1984, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma, cuyo objetivo era la adaptación de la Compilación a la Constitución de 1978, excluyó de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña el contenido de los antiguos artículos 24 y 253 (sustituídos por disposiciones de significado radicalmente distinto), por entender los legisladores catalanes que tales preceptos contenían discriminaciones por razón del estado civil. Las normas derogadas deparaban al segundo o posterior cónyuge supérstite, un trato desigual respecto del primero, sin que concurriera una motivación que lo justificara razonablemente. «El problema de la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución puede contemplarse desde dos planos distintos: la igualdad en la Ley, o en el trato dado por la Ley, y la igualdad ante la Ley, o lo que es lo mismo, en la aplicación de la Ley, suponiendo esta segunda cuestión, que un mismo órgano jurisdiccional no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en asuntos sustancialmente iguales, estando obligado a razonar y fundamentar, en su caso, el apartamiento que realiza, respecto a la línea de sus resoluciones precedentes... prohibiendo la norma fundamental que se dispense un tratamiento jurídico distinto a los ciudadanos, en una situación igual o equiparable, salvo que dicha desigualdad de trato resulte objetiva y razonablemente justificada, en atención a la finalidad perseguida por la norma que introduce la diferenciación».

«La vulneración del principio de igualdad en la Ley requiere, pues: la existencia de unos supuestos idénticos o equiparables sobre los que pueda predicarse la exigencia de un tratamiento igual; la incidencia de un tratamiento legal diferenciado para los mismos supuestos; y finalmente, la falta de una motivación que justifique objetiva y razonablemente la diferencia de trato, en razón de la finalidad perseguida por la norma».

En este sentido se han pronunciado varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como una abundante y concorde doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

**Testamento. Interpretación de la voluntad del testador. El Artículo 675 del Código Civil.**— El reconocimiento de la inconstitucionalidad de los antiguos artículos 24 y 253 de la Compilación Catalana, hace necesario proceder al estudio de la interpretación de la voluntad del testador, según las reglas de Derecho común que contiene el artículo 675 del Código Civil. «La jurisprudencia de esta Sala es constante y reiterada, cuando interpreta el alcance del citado artículo 675, estableciendo dos principios básicos: el primero referido a la función, exclusivamente atribuida a los Tribunales de instancia, en cuanto a las condiciones hermenéuticas por ellos establecidos, que deben ser mantenidas casacionalmente, salvo que no se respete la verdadera intención o voluntad del testador; y la segunda aclarando, que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aun cuando la primera regla del precepto legal sea

la literalidad, debe acudirse, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del testador, y sus distintas disposiciones es necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa. (Sentencias de 18-12-1965; 5-6-1978; 8-2-1980; 5-4-1981; 9-3-1984; 2-11-1987; 28-4-1989; 30-11-1990; 5-3-1991; etc.).».

El testador, tras instituir heredera única y universal a su segunda esposa, lega a sus hijos «lo que por legítima estricta les corresponde en su herencia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 253 de la *Compilación de Derecho Civil de Cataluña*», lo cual sólo tiene sentido entendiendo que se hace al artículo 253 de la *Compilación* es «una cláusula de estilo, añadida al solo efecto de una exigencia legal obligatoria, supuestamente vigente en el momento de otorgarse el testamento, y que contradecía o limitaba la voluntad real del testador, pero que de ningún modo aquella cita puede conferir vigor a un precepto efectivamente derogado en el momento en que el testador dispone de sus bienes.».

Se deduce, pues, del testamento la voluntad del testador de limitar la herencia de sus hijos a la legítima, pues resulta contradictorio en sus propios términos entender que el testador limita, primero, los legados de sus hijos a la legítima (una cuarta parte de la herencia a repartir entre los cuatro hijos), para, después, disponer que se les atribuya, a cada uno de los hijos, una quinta parte de la totalidad del caudal relicto (**STS de 6 de abril de 1992**; ha lugar).

**HECHOS.**— Mediante testamento (cuya fecha no consta en el texto de la sentencia), sometido al Derecho Civil catalán, el causante instituye heredera universal a su segunda esposa, y lega a sus cuatro hijos, habidos de un matrimonio anterior, «lo que por legítima estricta les corresponde en su herencia, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 253 de la *Compilación de Derecho Civil de Cataluña*». Fallecido el testador, sus hijos interpusieron demanda contra la viuda de aquél, pidiendo, entre otros extremos, se declare su derecho a percibir, cada uno de ellos, una quinta parte de la totalidad de los bienes que constituyen el caudal relicto de la herencia (la cual quedaría dividida en cinco porciones iguales: cuatro para los demandantes y una para la demandada) y, una vez determinado el valor de tales bienes, se condene a la demandada al pago de una quinta parte del mismo a cada uno de los actores.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia, estimando parcialmente el recurso de apelación, declaró a los demandantes herederos, cada uno de ellos, de una quinta parte de la herencia del causante. El Tribunal Supremo reconoce la inconstitucionalidad, por vulnerar los artículos 14 y 24.2 de la Constitución, de los antiguos artículos 24 y 253 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y declara haber lugar el recurso de casación interpuesto por la demandada (I.A.F.).

## II. DERECHO MERCANTIL

**38. Cuestión de competencia. Compraventa mercantil a portes «debidos» a cargo del comprador.**— La cuestión litigiosa se refiere a una compraventa mercantil donde el importe de las mercancías que se reclama es a porte debido, es decir, por cuenta y riesgo del adquirente, al ir a su cargo el gasto del transporte, por lo que ha de reputarse el lugar de entrega el correspondiente a donde radica la entidad vendedora, y en él había de efectuarse el pago del precio (arts. 1171 y 1500 del C.c. y 50 del C.Co.); y es el que determina la competencia para el conocimiento del pleito de referencia, ya que no consta sumisión expresa ni elementos suficientes para inferir la tácita, ni el lugar de cumplimiento de la obligación ni el de la entrega de las mercaderías (Ss. 18 y 25-5-1983; 4-6; 5-7; 5-11-1984; 25-3; 13-7-1991). (STS de 24 de febrero de 1992, cuestión de competencia a favor de Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 5 de Barcelona, como correspondiente al domicilio de la sociedad vendedora).

**HECHOS.**— La empresa «Ravial S.A.» formuló demanda de juicio de cognición en reclamación de la cantidad de 367.828 pts., por impago de mercancías ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona (ciudad donde tiene su domicilio dicha empresa), contra D. Tomás C.D. Este último interpuso cuestión de competencia ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid (ciudad donde está su domicilio), alegando que se trataba de una acción personal derivada de una compraventa mercantil a portes debidos por el comprador, en la que no había sumisión de las partes a un determinado Juzgado, siendo además una agencia del Banco Zagozano, sita en esta capital, el lugar del cobro de unos efectos cambiarios que resultaron impagados, y por tanto en aplicación el art. 62 regla 1.<sup>a</sup> de la L.E.C. era competente el Juzgado de Madrid. El Ministerio Fiscal informó a favor del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona pues no apreció ninguna suerte de sumisión, expresa ni tácita, sin que tampoco se hubiera pactado el lugar del pago del precio ni el de entrega de la cosa vendida. El T.S. resolvió la cuestión de competencia a favor del

Juzgado correspondiente al domicilio de la sociedad vendedora, el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona. (V.M.L.).

**39. Seguro de incendios: Prescripción de la acción contra la aseguradora: Prejudicialidad penal: Doctrina general.**— Como establecen los comentaristas clásicos de la Ley de enjuiciamiento criminal, basta con que verse el proceso penal sobre un hecho que ejerza tal influencia en la resolución del pleito que haga imposible el fallo de la cuestión civil sin ser conocida antes la decisión que se dicte en materia criminal, teniendo por finalidad el art. 114 de aquélla que se evite la división de la continencia de la causa y la posibilidad de sentencias contradictorias entre las de uno y otro Tribunal; así ocurriría, sin duda, si promovida causa en averiguación de si un incendio fue intencionado, y por tanto, doloso, dirigiéndose las sospechas sobre el representante legal de una sociedad, al que se acusa de estafa, por el lucro ilícito que obtendría y por el engaño sobre la preexistencia de bienes, así como de falsear los documentos mercantiles relativos a la justificación del daño, se declarara, antes de su firme resolución, que el incendio constituiría siniestro indemnizable, pese a las causas de exclusión establecidas en el párrafo 2.º del art. 48 de la Ley de Contrato de Seguro, que, desde luego, alcanza, tratándose de personas jurídicas, a los órganos representativos de ésta, como ocurre en el caso examinado; como declaró la sentencia de 14 de julio 1987 en caso análogo al presente, es constante la doctrina mantenida en todas las jurisdicciones, que conforme al art. 114 L.e.crim., no podrá seguirse pleito alguno hasta que recaiga resolución en el procedimiento penal, con lo que se veda a la jurisdicción civil entrar a enjuiciar hechos o actos que, como en el caso presente, condicionan sustancialmente la pertinencia de la reclamación, entrando en juego el art. 1969 C.c. según el cual el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse, es decir, desde el siguiente día del auto de sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal, dejando expedita la vía civil; en el presente caso, el plazo de dos años otorgado por el art. 23 de la Ley de 1980 se interrumpió durante la tramitación de las diligencias penales que concluyeron al resolverse definitivamente el recurso de apelación entablado contra el auto de sobreseimiento, por lo que la demanda se presentó dentro del tiempo útil de ejercicio.

**Sobreseguro: Mala fe del asegurado: Art. 31 Ley 1980.**— El art. 31 de la Ley de Contrato de Seguro, regulador del llamado sobreseguro o situación de diferencia notable entre la suma asegurada y el valor del interés asegurado, distingue claramente dos hipótesis, una que contempla el supuesto normal y que autoriza a las partes del contrato a exigir la reducción de la suma y de la prima, y otra que exige la mala fe para que se produzca la ineficacia del contrato; pero esta última no se ha probado, y tampoco equivale a la misma un hábito de sospecha derivado de las actuaciones criminales previas, que en cuanto sobreseídas, no pueden propiciar ni sugerir un efecto civil perverso, contrario al derecho, no ya a la presunción de inocencia, sino a ser reputado como inocente tras las referidas actuaciones; en el presente caso el asegurador ha de indemnizar pese a la situación

de sobreseguro, el daño efectivamente causado, para cuya determinación se estará a la misma cantidad que aceptó al término de las negociaciones habidas con el asegurado.

**Coaseguro: Legitimación de la compañía encargada en el contrato de percibir la prima en recibo totalizado: Art. 33 Ley de 1980.**— La condena al pago de la indemnización, incrementada en los porcentajes legales, recae íntegramente sobre la compañía demandada, sin perjuicio del derecho que le asiste para recabar su cuota a la otra compañía, a la que representa por ministerio de la ley, dado que la modalidad de coaseguro pactada, que encarga a la compañía demandada el cobro de la prima en recibo totalizado, supone que está autorizada para pedir el cumplimiento del contrato, por lo que goza de un poder legal típico que la capacita, en el campo procesal, no sólo en una legitimación activa para llevar a buen fin las referidas facultades, sino también, por necesaria compensación, en una legitimación pasiva para soportar demandas, tanto en nombre propio como en lo que representa según la cuota pactada.

**Incremento del 20% de la indemnización no satisfecha en el plazo legal.**— La aplicación del módulo cuantitativo del incremento del 20% a la indemnización no satisfecha por el asegurador, transcurridos tres meses desde la producción del siniestro, de acuerdo con el art. 20 en relación con el art. 38 de la Ley de 1980, únicamente se produce cuando la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual, o por otra causa eficiente, pues de lo contrario sólo procede a partir de la firmeza de la sentencia que fija la cantidad a indemnizar (STS de 31 de marzo de 1992; Ha lugar).

NOTA.— Correcta aplicación de la conocida regla *le criminel tient le civil en état*, que conduce a desestimar la excepción de prescripción de la acción. Bien vista también la incidencia que puede tener la apertura de diligencias penales en la estimación de buena o mala fe del asegurador a los concretos efectos del art. 31 de la Ley de 1980. Con una imagen literaria dice el 4.º FD que no equivale a la mala fe «un hábito de sospecha derivado de las actuaciones criminales previas». En efecto, basta la existencia de indicios de producción de un delito para que, de oficio se ponga en marcha el procedimiento criminal; pero una vez sobreseído hay que entender desaparecidos tales indicios y, a efectos civiles, restablecida la presunción de buena fe (*G.G.C.*).

**40. Limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones establecidas en los Estatutos de una sociedad anónima. Exigencia estatutaria de inscripción en el registro de accionistas nominativos de la sociedad y derecho de voto de los socios: interpretación.**— Clave esencial del tema debatido es el artículo de los Estatutos de la Sociedad demandada por el que se limita la libre transmisibilidad de acciones, concediéndose un derecho de preferencia a favor de los demás

socios, salvo que la transmisión se haga a favor de determinados parientes del transmitente. Hallándonos en este último supuesto, y dado que las restricciones no afectan a transmisiones verificadas entre sujetos excluidos de las mismas, el Consejo de Administración no habrá de controlar el cumplimiento de formalidad previa alguna encaminada a hacer viable el derecho de compra preferente por los restantes socios. Por consiguiente, una vez comunicada la transmisión a la Sociedad, con cinco días de antelación a la celebración de la Junta General Extraordinaria, los nuevos accionistas tenían expedito el camino para asistir a dicha Junta y ejercitar en ella su derecho al voto (artículo 19 de los Estatutos y 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951). En cuanto a la exigencia estatutaria de inscripción de los nuevos socios en el Registro de Accionistas nominativos de la Sociedad, tal inscripción dependía exclusivamente de la materialidad física de su práctica, «cuyo cumplimiento estaba fuera de la voluntad y alcance de los nuevos accionistas... es una exigencia no formal, sino formalista, toda vez que notificada la transmisión con cinco días de antelación a la Sociedad, cumplía por su automatismo los requisitos y condiciones establecidos en los Estatutos y en la Ley de 17 de julio de 1952 (artículos 35, 39-3.º, 46 y 59), pues en buena hermenéutica han de entenderse los preceptos legales en función de las normas estatutarias cuando éstas adoptan medidas restrictivas que aun siendo lícitas, han de ser interpretadas en un sentido no expansivo...» En consecuencia, «... conforme al artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas en su último inciso, la obligación de los socios transmitentes y adquirentes es la de comunicar tal transmisión a la Sociedad y la de ésta es la de anotarla, ..., por lo que era a la Sociedad a la que incumbía una obligación cuya materialidad no verificada no podía ser impedimento para el ejercicio del derecho de voto a dichos accionistas». (STS de 14 de abril de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**— Los actores-recurrentes, que eran titulares de acciones de la sociedad anónima demandada por virtud de las correspondientes escrituras públicas de compraventa, comunicaron esta adquisición a dicha entidad cinco días antes de la celebración de una Junta General de Accionistas de carácter extraordinario. Al serles negada la admisión a dicha Junta, promovieron demanda instando fuera declarada la nulidad tanto de esa Junta General Extraordinaria, como de los acuerdos en ella adoptados, de los asientos registrales verificados y de los actos y contratos que se realizaren por la sociedad en mérito de los acuerdos sociales adoptados en la referida Junta, incluso los que pudieran ser adoptados por su Consejo de Administración.

El Juzgado de Primera Instancia, apreciando falta de legitimación activa de los demandantes, absolvió a la demandada. Tras ser desestimado el recurso de apelación por la Audiencia, el Tribunal Supremo entendió vulnerados los artículos 39-3.º y 59 de la Ley de Sociedades Anónimas (de 17 de julio de 1951), declaró haber lugar al recurso de casación y estimó íntegramente la demanda (I.A.F.).

### III. DERECHO PROCESAL

**41. Principio dispositivo. Actuación «ex officio». Apreciación de oficio por el Juzgador de la excepción de litispendencia.**— El principio dispositivo (cuya raíz son los derechos subjetivos que deben ser respetados en su libre ejercicio, por los poderes públicos), expresa el poder de disposición del sujeto legitimado sobre la pretensión jurídico material que deduce en juicio, si bien los problemas procesales referentes a la licitud, utilidad, regularidad o validez del proceso, caen fuera de su ámbito por afectar a materias indisponibles. Cosa distinta es que, en función del principio de aportación de parte se confíe a los litigantes la denuncia y acreditamiento de vicios, óbices o excepciones o presupuestos y requisitos procesales. La mayor novedad introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil en este sentido, se manifiesta en el reconocimiento de poderes de oficio al juez, al margen de lo aducido por las partes, para revelar éstos obstáculos procesales y adoptar las medidas conducentes a su corrección o subsanación si su naturaleza lo permite, o, en otro caso, a ordenar sin más el sobreseimiento.

En estos obstáculos, con carácter de oponible a la lícita continuidad del proceso, debe entenderse comprendida la situación de litispendencia, tratada como excepción por el artículo 533.3.<sup>o</sup> Así, el designio de la norma que autoriza la intervención oficial del juez, cuando la cuestión no es subsanable, (como ocurre con la litispendencia), es que cuanto antes se evite la continuidad del proceso posterior. Pero si así no acontece, y el conocimiento del juez es posterior, parece razonable que, al menos, en la sentencia se resuelva sobre la cuestión, máxime teniendo en cuenta que tal poder de oficio no debe ser de peor condición que el de las partes y éstas, si mantienen sus excepciones pueden llevar al juez a decidir sobre las mismas por sentencia.

Es, pues, misión de los tribunales de instancia la comprobación de las circunstancias fácticas que sirven para configurar las identidades precisas que determinan la situación de litispendencia. Al respecto habrá identidad de personas (artículo 1.252 del Código Civil) siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos a los del primero por vínculos de solidaridad. (STS de 25 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Ante el Juzgado de Primera Instancia de Balmaseda, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, solicitando el demandante la existencia de un contrato de compraventa sobre dos plazas de garage y dos lonjas, debiendo otorgar los demandados la oportuna escritura pública, reclamando subsidiariamente la resolución de la compraventa y el pago de los trabajos, obras y servicios realizados en los locales referidos. Los demandados alegaron la excepción de cosa juzgada. El Juzgado dictó sentencia con fecha 3 de julio de 1987, contra la cual se interpuso recurso de apelación que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 1989 cuyo fallo fue desestimatorio de los recursos interpuestos, confirmando la sentencia recurrida. El posterior recurso de casación no es estimado por el Tribunal Supremo (*J.L.B.*).

**42. Posibilidad de solicitar nulidad de actuaciones de procedimiento en el que no se ha sido parte.**— Motivo que deberá ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera.— Que esta Sala, en sentencia de 10 de abril de 1901, 1 de julio de 1904, 8 de marzo de 1929, 30 de abril de 1930, 22 de diciembre de 1967 y 4 de diciembre de 1980, viene reconociendo la procedencia de solicitar y declarar la nulidad de actuaciones en un procedimiento judicial a través de un juicio declarativo posterior instado por quien no fue parte en aquél, en cuanto se den los requisitos precisos al respecto, cuales son los de lesión o perjuicio derivado de un resultado desfavorable a quien solicita la nulidad, consecuencia de la violación de un precepto de carácter sustantivo o procesal, explicitando la resolución últimamente citada que según tiene reconocido esta Sala en sentencia de 30 de abril de 1930 debe admitirse la posibilidad de que quienes no fueron parte en juicio anterior en el que se lesionen sus derechos y se vean privados del ejercicio de éstos puedan hacerlo posteriormente en juicio distinto, de tal manera, como admite la también sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 1967, que un tercero que no fue parte en juicio ejecutivo planteado puede instar en procedimiento ordinario la nulidad de actuaciones del procedimiento de apremio para que sea declarada la existencia de una voluntad legal amparada en su derecho, no es más que el lógico reconocimiento de la precisión de arbitrar un adecuado marco procesal para que un tercero en un determinado proceso, y que por no figurar como parte en los autos que lo configura no puede normalmente insertarse directamente en él como parte, pueda actuar en defensa de los atentados que a su derecho pudieran derivarse, dando vida a lo que ya en determinadas modernas orientaciones legislativas se regula expresamente, cual sucede en el procedimiento civil italiano, al prevenir su artículo 404 que «un tercero puede hacer oposición contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o simplemente ejecutiva, dictada entre otras personas, cuando perjudique a sus derechos», y que ya viene teniendo acogida en la legislación española, cuando en el párrafo décimo del art. 132 de la LH viene a autorizar el planteamiento de terceros interesados, a través de juicio declarativo, de reclamaciones sobre nulidad del título o de las actuaciones de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 de la misma LH, y en igual sentido se manifiestan los párrafos séptimo de los arts. 85 y 93 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. Segunda.— Que si tenemos en cuenta que en las actuaciones de que dimana el presente recurso se solicita la nulidad de un juicio del art. 131 de la Ley Hipotecaria por quienes, aun sin ser parte en el mismo, deben reputarse interesados en obtener la declaración de nulidad de las actuaciones, al haberse quedado sin percibir un crédito contra la demandada Confecciones Mármol, S.A., como consecuencia de la insuficiencia de bienes en la masa de la quiebra de la misma, obvio es reconocer que la resolución recurrida, al denegar tal posibilidad, *infringió la norma citada.*

**La entrega de un cheque y no de dinero efectivo para participar en la su-  
basta judicial es un defecto procesal, pero que no tiene entidad suficiente para producir la nulidad de actuaciones.**— Por una parte, no cabe entender, con el motivo primero, que se haya infringido el art. 131, regla 3.<sup>a</sup>, n.º 3, párrafo 2, y 4.<sup>a</sup>, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, en cuanto que, como acertadamente razona

la resolución recurrida, en el requerimiento de pago se cumplió lo dispuesto en la regla 4.<sup>a</sup> del art. 132, en relación con el art. 266 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entregarse la cédula a la persona que dijo ser empleado, sin que se advierta infracción alguna imputable al órgano que lo practicó, y, por otra, tampoco cabe estimar la existencia de infracción de la regla 5.<sup>a</sup> del art. 131, en relación con los arts. 266 a 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativa a la notificación a los interventores de la suspensión de pagos, defecto éste denunciado en el motivo tercero, toda vez que consta que se citó personalmente a uno de ellos, quien se obligó a transmitir la citación a quien, en aquellos momentos, ostentaba tal cargo, finalmente, y por lo que se refiere al motivo cuarto, en el que se acusa infracción de la regla 14 del art. 131, al admitir la prestación de un afianzamiento por medio de un cheque o talón para tener como postor a Don Pedro Sanz Llopart en la subasta pública celebrada el 10 de marzo de 1980, y aun proclamando que la misma debió ser prestada en dinero efectivo, ha de concluirse que tal anomalía en modo alguno reviste una gravedad tal que pueda provocar la declaración de nulidad de una actuación procesal. (STS de 28 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Un acreedor de una entidad quebrada promovió juicio declarativo para solicitar la nulidad de actuaciones de un procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria que en su día siguió otro acreedor contra el deudor común. El Tribunal Supremo admite la posibilidad de ejercitar esa acción de nulidad de actuaciones, pero rechaza la pretensión en cuanto al fondo, por tratarse de defectos de procedimiento que carecen de la relevancia suficiente como para anular el procedimiento (L.F.R.S.).

**43. La petición de nulidad de actuaciones ha de hacerse por medio de los correspondientes recursos.**— Se ha vulnerado la disciplina que taxativamente impone el art. 240-1 y 2 de la LOPJ, ya que por el primer precepto se establece que la nulidad de pleno derecho cuando se hubiesen producido defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, determinen efectiva indefensión en relación con lo dispuesto en el art. 238-3 de dicha Ley (a lo que naturalmente debe equivaler la omisión de tener por comparecido y parte en el recurso de apelación al actor tercerista tal y como se ha indicado anteriormente) se hará valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales, en cuyas vías de impugnación, naturalmente, hay que incluir la posibilidad de que la persona a la cual se le ha inferido dicha indefensión, pueda hacer valer, en su caso, el recurso extraordinario de casación, como en los supuestos del litigio debería haber hecho el tercerista, el cual, cuando se le notifica la sentencia de 11-4-88, en 6-5-88, podía, perfectamente, haber interpuesto dicho recurso de casación, por lo que al no haberlo hecho así, no procede que, después, en 4-10-88 (a los cinco meses) plantee la petición de nulidad de actuaciones; que, igualmente, tampoco es posible a los jueces o Tribunales actuar en la forma que se efectuó por la Sala de apelación en 1-12-88, porque, por

las vicisitudes antes reseñadas, habiéndose dictado ya una sentencia definitiva y que, como se ha comprobado, la misma era firme, no cabe que, bien de oficio, bien accediendo a la petición de parte, se proceda a decretar la nulidad de lo actuado y, por lo tanto, se deje sin efecto la citada sentencia firme y definitiva de 11-4-88, porque el freno para actuar de esa forma está taxativamente determinado en dicho art. 240-2 que confirma la anterior normativa de la L.e.c., en su reforma de la Ley 34/1984 de 6 de agosto (art. 742): «será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que puedan producir al efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos», y art. 745 que suprime el anterior número del mismo: acerca del incidente de nulidad de actuaciones o de alguna providencia) y recogido y ratificado por la referida resolución del Tribunal Constitucional de 15-11-90 que expresamente declara la constitucionalidad del repetido art. 240 LOPJ por lo cual, al haberse actuado con esa evidente infracción la Sala de instancia, se ha vulnerado el citado precepto y, en consecuencia, procede con la admisión de los motivos, en lo sustancial, coincidentes con la tesis que se sustenta, acceder al recurso de casación. (STS de-24 de febrero de 1992, ha lugar).

HECHOS.— El demandante interpuso una tercería de dominio contra una Entidad bancaria y dos personas ejecutadas, solicitando se alzara el embargo sobre determinadas acciones de una sociedad anónima. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia estimó la demanda, pero, interpuesto recurso de apelación por la Entidad bancaria, la entonces Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia y desestimó la demanda. A los cinco meses de dictarse la sentencia de la Audiencia, el tercerista presentó una petición de nulidad de actuaciones, basándose en que, habiendo fallecido su procurador, compareció en el recurso de apelación con otro, pero no se le tuvo por parte ni se le citó para la vista en donde se le consideró rebelde, a pesar de haber presentado los correspondientes escritos en plazo, personándose en debida forma. A consecuencia de dicha petición, la Audiencia Provincial de Madrid declaró la nulidad de las actuaciones y de la anterior sentencia, dictando nueva sentencia, en la que desestimaba el recurso de apelación. Frente a esta sentencia interpuso recurso de casación la Entidad bancaria y el Tribunal Supremo lo admitió. (L.F.R.S.).