

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Javier BARCELÓ DOMÉNECH
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Antonio JIMÉNEZ CLAR
M.^a Luisa VALLES AMORES

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Principio general del Derecho. Alegación en casación.—No puede prosperar el motivo: a) Porque en este caso, el fundamento del principio general del Derecho alegado (*res inter alios acta nec nocet nec prodest*) aparece claramente reconocido en el art. 1.257 CC, lo que da lugar a que según la doctrina de esta Sala no pueda ser admitido, por cuanto dado el rango jerárquico que les confiere el art. 1.1 CC, solamente pueden ser citados con éxito a falta de normas legales o consuetudinarias (*vid. ad exemplum* Sentencia de 18 de enero de 1975); b) Porque en el presente motivo lo que parece perseguirse es introducir la confusión en la solución de la cuestión, al pretender convertir a quienes han sido parte contratante tanto en la escritura pública como en la privada de compraventa cuestionadas, en terceros, lo que origina que ni los dos preceptos que se dicen infringidos (arts. 1.091 y 1.257 CC) ni el igualmente alegado principio general del Derecho puedan haberlo sido (STS de 12 de mayo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—En el motivo segundo del recurso de casación, basado en el ordinal 5 del art. 1.692 LEC, se alega que ha existido infracción del principio general del Derecho *res inter alios acta nec nocet nec prodest*, que emerge entre otros en el CC, arts. 1.091 y 1.257, limitando el efecto de los contratos a las partes que los otorgan

(Sentencias de 28 de noviembre de 1973, 22 de julio de 1974, 7 de julio de 1980 y 20 de junio de 1983). (A.C.S.).

2. Interpretación de los contratos.—La norma principal sobre interpretación de los contratos es la contenida en el art. 1.281 del CC, siendo el art. 1.288 del mismo texto legal, una regla subsidiaria o complementaria de aquélla (Sentencia de 24 de mayo de 1964) y es pertinente por tanto su estudio conjunto, ya que la interpretación de los contratos, es función privativa de los Tribunales de instancia, que sólo puede combatirse cuando en el caso concreto la interpretación dada en la Sentencia conduzca el absurdo, o sea irracional o ilógica.

Aplicación del elemento sistemático en la interpretación.—Es evidente que de la redacción literal de una cláusula de un contrato, no puede extraerse su verdadero significado, sino dentro del contexto general del mismo, en correcto acatamiento a lo dispuesto en el art. 1.285 del CC, ya que la interpretación sistemática es la que puede mejor perfilar la verdadera intención de las partes, al no atribuir a una frase un significado *per se* en desconexión con las demás cláusulas que son expresión de la voluntad global de los contratantes. Así se pone de manifiesto en diferentes sentencias del TS (S. de 27-6-1964, 15-11-1972, 5-6-1981). Por ello la intención, que es el espíritu del contrato es indivisible, no pudiendo encontrarse ésta en una cláusula aislada, sino en el todo orgánico que constituye, llegándose a determinar el carácter imperativo del art. 1.285 CC, por la Sentencia del TS de 28-4-1975. (STS de 12 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El señor LL.M. que venía teniendo relaciones profesionales con Mapfre, S.A., de Seguros, como Agente Libre, entabla con fecha 1-1-1983, un contrato de Agente Afecto para realizar operaciones de producción en exclusiva para la Aseguradora citada. Durante la vigencia del mencionado contrato, surgieron divergencias entre las partes que ocasionaron la interposición de la demanda por LL.M., reclamando a la Aseguradora la propiedad de la cartera y comisiones correspondientes, basándose en una cláusula aislada del contrato «cartera de propiedad», que establecía tendría el demandante en su condición de Agente Afecto de Mapfre, S.A. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, ya que la propiedad de la cartera, salvo que el Agente sea libre, no da derecho al traspaso de cartera a otra Aseguradora a no ser con consentimiento expreso de la Aseguradora Primitiva. La Audiencia Territorial confirmó la Sentencia y desestimó la apelación. El TS no acogió el recurso. (ML.V.A.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

3. Tercería de mejor derecho: Graduación y prelación de créditos: Privilegio real de la garantía hipotecaria: Preferencia de los créditos escriturarios frente a los judiciales: Arts. 1.922.2, 1.926.1 y 1.924.3 del CC.—La declaración de la sentencia recurrida de que la tercerista no ostenta ningún crédito contra la ejecutada, impide que pueda plantearse el problema de la preferencia de créditos, que la parte recurrente aduce en la tercería. La jurisprudencia de esta Sala exige que el crédito, que se opone en la tercería de mejor derecho, exista, se halle determinada la cantidad en que consiste, y que esté vencido; sin que la fecha del vencimiento sea la decisiva, sino la escrituraria, lo mismo que no es decisiva la fecha en que se gane la sentencia, sino en la que adquiere firmeza (SS 21-10-1927, 27-4-1967 y 21-5-1975, entre otras). La violación por inaplicación de los arts. 1.922.2 y 1.926.1 CC, que se alega en el recurso, refiriéndola al privilegio real que representa la garantía hipotecaria, no se pudo producir hasta que la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria fuera inscrita en el Registro, y esto, por expresa determinación del art. 3, párrafos 3.º y 4.º, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, en el que se priva, a las escrituras no inscritas, de los derechos que, la misma Ley, les reconoce en el art. 10. Por lo que se refiere a la supuesta inaplicación del art. 1.924.3 CC, en cuanto alude preferencias de los créditos escriturarios frente a los judiciales, resulta obligado repetir nuevamente que en la escritura pública de 20 de agosto de 1984, no aparece determinada la existencia, ni la cuantía efectivamente satisfecha, por cuenta de la ejecutada, al Monte de Piedad; circunstancia que impide pasar a determinar la prelación en función de la antigüedad, que en el precepto se señala, cuando de dos auténticos créditos se trata. (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Con fecha 20 de julio de 1984, la ejecutante traba embargo sobre «una cadena de fabricación de turrón compuesta por veinte elementos», propiedad de la ejecutada; embargo que no es anotado en el Registro. Con fecha 20 de agosto del mismo año, la ejecutada otorga escritura de hipoteca mobiliaria sobre la misma cadena de fabricación, en favor de la tercerista, en garantía de las cantidades que esta última podría tener que pagar como consecuencia de aval prestado a la ejecutada ante el Monte de Piedad de Córdoba. El día 6 de noviembre de 1984 se dicta sentencia de remate en los autos de juicio ejecutivo, mandando seguir adelante la ejecución; sentencia que adquiere firmeza. La hipoteca mobiliaria no se inscribe en el Registro hasta el 24 de diciembre de 1985. En autos no consta que la tercerista haya pagado al Monte de Piedad, como consecuencia del aval, cantidad alguna; sí consta que, en 10 de diciembre de 1986, cuatro meses después de presentada la demanda de tercería la ejecutada es deudora del Monte de Piedad. La

sentencia recurrida establece, como probado, que la tercerista no ha justificado, al momento de interponer la demanda, haber efectuado pago alguno por cuenta de la ejecutada. Los Tribunales de 1.^a y 2.^a instancia desestiman la demanda de tercería de mejor derecho. El tercerista interpuso recurso de casación, por infracción de ley y doctrina legal, al amparo del art. 1.692.5 LEC, citando como infringidos, por inaplicación, los artículos citados, en relación los dos primeros, con el art. 10 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*ML.V.A.*).

4. Reclamación de honorarios de Arquitecto. Prescripción.—La sentencia resulta totalmente imprecisa, en cuanto no expresa el día determinado del inicio del cómputo prescriptivo y lo hace en forma un tanto abstracta, y en contradicción a la doctrina jurisprudencial que exige la fijación de un término claro desde el cual empiece a contarse el plazo legal prescriptivo, ya que esta institución en su aspecto extintivo, ha de ser tratada restrictivamente, en cuanto quiebra el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y la dinámica consecuente de los derechos derivados, pues no se basa en razones de justicia intrínseca, sino que actúa legitimadora al ejercicio tardío de los derechos.

Reconocimiento de deuda.—El reconocimiento de deuda es válido y lícito y mediante dicho pacto obligacional el deudor admite, comprometiéndose, como existente contra el que reconoce y asimismo respecto a terceros, la realidad de un crédito pendiente, instrumentándose a efectos de que el acreedor cuente con un medio idóneo de prueba o se patentice y advere la existencia efectiva de una deuda pendiente respecto al que la aprueba, de manera que viene a adquirir fuerza vinculativa y como dice la sentencia de 27 de noviembre de 1991, con efecto probatorio si se hace de manera abstracta y también constitutivo si se expresa su causa justificativa. (**STS de 30 de mayo de 1992**; ha lugar).

HECHOS.—Los demandantes prestaron servicios profesionales de Aparejadores a la empresa demandada, para la construcción de diversas edificaciones, siendo su vinculación la propia de un contrato de arrendamiento de servicios (*J.B.D.*).

5. Resolución de contrato de compraventa. Arts. 1.124 y 1.504 del CC.—Se reitera la doctrina sentada en Sentencia de 22-1-91, que dice: «Se acusa en el único motivo del recurso la infracción de los arts. 1.124 y 1.504 CC, motivación rechazada de acuerdo con constante y reiterada jurisprudencia, que proclama que el art. 1.124, como precepto genérico, y aparte de otras alternativas frente al incumplimiento, se refiere a toda clase de contratos bilaterales, cuando se incumpla por parte de uno de los obligados,

en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado podrá instar la resolución, aunque, claro es, ese remedio no esté perfectamente previsto en el contrato, porque se trata de una facultad implícita en las recíprocas; «en tanto el art. 1.504 CC, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles y sólo ante el incumplimiento por impago del precio, total o parcial, sancionándose entonces que «aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución, y el comprador podrá pagar aun después de expirado el plazo, interin no sea requerido», hecho el requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo término, norma que excepciona la genérica del 1.124, siendo preciso no un mero incumplimiento, sino una voluntad rebelde y declarada de faltar a los deberes contraídos —S. 3-3-67; voluntad reiterada y rebelde que ha suavizado la moderna jurisprudencia, falta de cumplimiento que fustre el fin específico perseguido por la partes— S. 24-2-90; constituyendo una *quaestio facti* la determinación del incumplimiento, S. 20-6-90. (STS de 21 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Se formula demanda sobre resolución de un contrato de compraventa de inmueble con precio aplazado. El contrato de referencia consistía en la venta de 20 participaciones de que era dueño el actor de la mercantil B..., S.L., así como la transmisión de la industria «B.S.» que venía siendo explotada por la citada Compañía. Las sentencias de 1.^a y 2.^a instancia declararon resuelto el contrato de compraventa a consecuencia del impago de las cantidades convenidas como precio aplazado. Recurrida, por los compradores, la sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (ML.V.A.).

6. Resolución de contrato de compraventa de inmueble por incumplimiento: art. 1.504 CC. Interpretación de los contratos.—La sentencia de casación reitera la notoria doctrina Jurisprudencial, en orden a la incongruencia, de que tal vicio sólo es atendible cuando la irregularidad se comete en la parte dispositiva de las sentencias, y, como las recurridas se limitan a estimar la demanda, se ajustan, por tanto, al *petitum*, procediendo la desestimación de este motivo. Se estima la denunciada infracción del art. 1.285 CC, en relación con el contenido de la cláusula 3.^a reguladora del supuesto de pago anticipado, ya que, la circunstancia de quedar sin especificar el porcentaje ha de tenerse en cuenta para aplicar, a las cantidades anticipadas, el mismo porcentaje que a las retrasadas, en evitación de que, tal imprecisión, pueda suponer un fraude de derecho en perjuicio de tercero de buena fe, debiendo interpretarse en sentido igualitario para los retrasos y para los anticipos. Igualmente se estima la denunciada infracción del art. 1.504 CC, ya que, de acuerdo con notoria y reiterada doctrina jurisprudencial y científica, cualquier incumplimiento no es suficiente para calificarlo de rebelde, sino que es preciso que exista una conducta culpable

imputable al obligado, y una decidida voluntad contraria al pago (Sentencias de 22-1-91, 3-3-67, 2-4-90, 20-6-90, y otras muchas). (STS de 26 de mayo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Por contrato se estipula la compraventa de finca urbana, estableciéndose precio cierto, del cual se abonan unas cantidades en el acto inicial; se suscriben 168 letras de cambio con diferentes vencimientos, y se estipula que la falta de pago de cualquiera de las cantidades aplazadas dará derecho a la rescisión de este contrato con los efectos correspondientes, si bien los pagos atrasados que satisfagan, devengarán un interés del 18 por 100. Las sentencias de 1.^a y 2.^a Instancia dan lugar a la demanda formulada por el vendedor y declaran resuelto el contrato de compraventa (...) con la obligación, por parte de los demandados, de desalojar el inmueble y ponerlo a disposición del vendedor, con la pérdida de la parte del precio entregado a cuenta, como indemnización de daños y perjuicios. Los condenados interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, dejando sin efecto la sentencia dictada en Segunda instancia —confirmatoria de la de primera instancia— casándola y absolviendo a los demandados de la demanda en su contra formulada. (ML.V.A.).

7. Resolución de contrato de compraventa de inmueble: Art. 1.504, en relación con los arts. 1.124 y 1.125, todos del CC.—Requisito indispensable para que pueda prosperar la acción resolutoria de contrato de compraventa que se ejercita, por falta de pago del precio convenido, es, según establece de modo taxativo e indubitado, el art. 1.504 CC, que el comprador haya sido requerido, con carácter previo, judicialmente o por acta notarial, de modo que, cuando tal requerimiento no se ha practicado, como ocurre en el caso presente, ni siquiera se ha intentado, no cabe invocar la aplicación del citado artículo con los efectos que se solicitan. (...). No puede considerarse, como si de preceptos aislados sin conexión, uno con otro, se tratara los arts. 1.124 y 1.125, pues como indica la jurisprudencia, «el art. 1.504 CC, como norma específica fija las consecuencias resolutorias de las compraventas de bienes inmuebles por impago del precio, complementando así lo sancionado en la norma genérica del art. 1.124 CC (Sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 1991, entre otras). (STS de 26 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Una Entidad Mercantil formuló demanda solicitando la resolución de un contrato de compraventa de un inmueble, por impago del precio convenido por la parte compradora. Las Sentencias de 1.^a y 2.^a instancia desestimaron la demanda basándose en el incumplimiento por el vendedor de los requisitos legales que sobre resolución de los contratos establece el CC. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (ML.V.A.).

8. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Voluntad obstativa al cumplimiento.—No es necesario para la resolución de la compraventa la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde por parte del comprador al cumplimiento de su obligación de pago del precio, sino que es suficiente patentizar la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendencia pueda justificar la resolución, por implicar tal voluntad un fracaso de las legítimas expectativas del vendedor como contratante y quedar así el cumplimiento del contrato al arbitrio del comprador, lo que prohíbe el art. 1.256 CC; resulta irrelevante que el requerimiento de resolución se hiciese ocho días antes del vencimiento del segundo talón, puesto que ya se había dejado impagado el primero, constaba la carencia de fondos de la cuenta cuando el requerimiento se hizo y ciertamente el recurrente no ha satisfecho aún la parte de precio base de la resolución, en tanto que continúa disfrutando del uso del local desde hace más de seis años.

Art. 1.502: Temor de perturbación.—No ha existido el temor fundado de que el comprador se vea perturbado por parte del vendedor, o de otras personas, con el ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, ya que los hechos que apunta el recurso nada tienen que ver con el ejercicio de aquellas específicas acciones reales; según reiterada jurisprudencia, el art. 1.502 ha de interpretarse restrictivamente, y su supuesto de hecho no puede ampliarse a casos distintos no comprendidos en el texto legal (SS de 20 de diciembre de 1989 y 15 de julio de 1991), sin que baste para entenderse fundado el temor el hecho de no hallarse inscrita la finca en el Registro en favor del vendedor (S. de 11 de octubre de 1974).

Suspensión del pago del precio: Notificación al vendedor.—Es necesario que la decisión de suspender el pago se notifique con carácter previo al vendedor, pues esa decisión no puede ser indefinida ni puede subsistir cuando el vendedor afianza la devolución del precio, lo que no podría hacer si no se le notifica esa facultad suspensiva (S. de 25 de junio de 1964). (STS de 4 de junio de 1992; no ha lugar).

NOTA.—La invocación del art. 1.502 CC por el comprador renuente al pago del precio aplazado se hizo con total carencia de apoyo fáctico, por lo cual la doctrina jurisprudencial es de tipo general sin profundizar en la problemática que en otro lugar he expuesto (*Comentarios Albaladejo*, XIX, 2.^a ed., pp. 447 ss., sobre si la perturbación en la posesión o dominio pueden interpretarse no restrictivamente). Se trata de un incumplimiento, vulgar y corriente, de la obligación de pagar la parte aplazada del precio, sin ninguna clase de justificación; en el recurso se invoca el art. 1.502, sin base fáctica. La S. recuerda la reciente doctrina jurisprudencial superadora de la tradicional «voluntad rebelde al cumplimiento». Sentencia plenamente de aprobar con la reserva hecha. (G.G.C.).

9. Calificación del negocio jurídico.—Los negocios jurídicos así como los derechos y las facultades que la integran son lo que conforme a su naturaleza les corresponde y nunca podrán ser configurados por los Reglamentos distorsionando o desvirtuando su infraestructura y esencia que les viene definida por las Leyes.

Errónea calificación como retracto.—El retracto convencional no es apto como institución jurídica para definir el supuesto que se contempla en los autos, toda vez que el retracto convencional (artículo 1.507 del Código Civil), tendrá lugar cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado, es decir que el retracto convencional opera siempre a impulso de la voluntad unilateral del vendedor, dentro de un plazo marcado dentro de los límites prevenidos en el artículo 1.508 del mismo Cuerpo legal, lo que es muy diferente de lo establecido en la cláusula tercera del contrato de compraventa en que ese hipotético retracto que con tanta insistencia sostiene la parte recurrente, no opera por la voluntad exclusiva del vendedor, sino en función del cumplimiento o no de dos requisitos voluntariamente aceptados por el comprador que son su ocupación por él mismo y la no transmisión a terceros antes del 1 de junio de 1986, que al quebrar antes de esa fecha, como ha acontecido según la declaración fáctica de la Sala de instancia, y comportar una desobediencia a lo pactado lleva aparejada la cláusula resolutoria implícita genérica prevista en el artículo 1.124 o de la condición estipulada (artículo 1.118). (STS de 12 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Un Organismo Autónomo instó la resolución de un contrato de compraventa que había otorgado como vendedor, por entender que los demandados habían incumplido las condiciones de ocupación y de no transmisión pactadas en el mismo. (*J.B.D.*).

10. Responsabilidad solidaria por defectos en la construcción de edificios.—La solidaridad tantas veces declarada en esta materia, por venir más acomodada que la mancomunidad simple a la obligación dimanante de un precepto legal, a la identidad de origen del deber de indemnizar, al resultado de la obra edificada como un todo y a la realidad de que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda predicarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina ocasionada por la conjunción de causas... tiene incluso apoyo legal en el art. 1.138 del CC (S., ya citada, de 9 de octubre de 1981) e impide por su propia naturaleza el acogimiento del litisconsorcio pasivo necesario... (STS de 4 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Diversas Comunidades de Propietarios de Bilbao demandaron a don Roberto (promotor, constructor y vendedor de

las viviendas), instándole a que efectuase determinadas obras de reparación de los defectos existentes en los inmuebles de dichas Comunidades. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo esta sentencia revocada por la de la Audiencia Provincial. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto. (*J.B.D.*).

11. Arrendamiento de local destinado a restaurante dentro de un complejo turístico: Calificación del contrato; Exclusión de la LAU.—La singularidad del arrendamiento de un local dedicado a negocio de restaurante radica en las notas siguientes: 1.^a La ubicación dentro del «Complejo turístico del Pueblo Español y Palacio de Congresos», esto es, de una entidad, constituida con fines negociales, una de cuyas actividades básicas consiste en atraer el mayor número de visitantes posibles, a cuyo efecto, considera oportuno que entre sus alicientes funcione un negocio de las características del instalado en el local que se arrienda; y 2.^a La circunstancia de figurar interpuesta en la libre actuación del empresario que arrienda el local, la existencia de ese otro negocio principal dentro del cual el local arrendado para restaurante, debe considerarse como elemento subordinado al conjunto, lo que determina el cumplimiento de determinadas reglas, que al tiempo que supeditan el funcionamiento del negocio accesorio a la necesidad de su observancia, garantizando el mayor desarrollo y continuidad de las actividades del complejo, hace que no pueda asimilarse, sin más, el referido arrendamiento a un contrato de arrendamiento de local de negocio sujeto a la ley especial, pues esta figura contractual presupone una finalidad de establecimiento de negocio propio que señala el art. 3 de LAU, cualidad que, por mucho que fuera la autonomía de instalación y de prestación de servicios que el restaurante tuviera, no es compatible con las que describen las peculiaridades del caso (**STS de 25 de mayo de 1992**; no ha lugar).

NOTA.—Acertada calificación del contrato (Pte. Almagro Noste), teniendo en cuenta que el local arrendado carecía de entrada directa para que el público desde el exterior del recinto, de manera que los clientes debían abonar previamente la entrada al complejo turístico; el Restaurante debía funcionar durante las horas de visita al recinto, e inexcusablemente, todo el año salvo el mes de vacaciones, concertándose —en beneficio del arrendatario— un régimen específico para las cenas. En el 3.^o FD se hace una aguda descripción de los móviles de los contratantes: «Motivación relevante al tiempo de la celebración del contrato fue para el arrendatario aquella clientela expectante que, en gran parte, dependía de los atractivos generales del negocio de los arrendadores, dentro del cual se establecía situación que no cabe confundir con las expectativas que para cualquier negocio comporten las economías verdaderamente externas al mismo, aun dependientes de su ubicación u otros factores concomi-

tantes, dado que lo cierto es, desde una perspectiva objetiva, que el negocio de restaurante tenía carácter ancilar respecto del principal, cuya finalidad no consistía en el arrendamiento de locales de negocio». (G.G.C.).

12. Arrendamiento de local de negocio; Traspaso inconsentido; Fusión de entidades bancarias; Cláusula contractual autorizando el traspaso; Interpretación.—La cláusula del contrato de arrendamiento en cuya virtud «el propietario arrendador autoriza expresamente al Banco de Bilbao, S.A., para que pueda ejercitar el derecho de traspaso, relevando expresamente al nuevo adquirente de la obligación de destinar el local a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario», no exime de cumplir los demás requisitos legales aplicables, pues de no ser así ello implicaría dejar el contrato arrendaticio totalmente al arbitrio del arrendatario en un extremo que afecta al derecho de dominio en cuanto supone disponer del uso y disfrute del inmueble objeto del contrato, y en el aspecto contractual infringe el art. 1.256 CC; por otra parte la función interpretativa incumbe al Tribunal *a quo*, a la que ha de estarse en casos como el presente, en que se atiene a las reglas de la lógica y del buen sentido.

Fusión de sociedades a efectos arrendaticios.—Prescindiendo de un estudio más detenido acerca de la naturaleza jurídica y efectos de la fusión de sociedades, y de si el efecto principal que produce es o no una sucesión universal de las entidades fusionadas por la nueva entidad resultante de la fusión, lo evidente e indubitado en el caso contemplado es que surgió, por fusión de las anteriores, una nueva sociedad ocupante del local arrendado, sin que ello se comunicara al arrendador más que cuando ya se había consumado la cesión del local, lo que constituye causa resolutoria del contrato de arrendamiento.

Doctrina jurisprudencial sobre absorción de sociedades: No es aplicable a la fusión.—Los supuestos de hecho de las SS de 1 de diciembre de 1983 y 23 de febrero de 1988 no se identifican con el contemplado en esta litis, ya que en aquéllas se parte de una absorción de una sociedad por otra, continuando siendo la misma la arrendataria absorbente y, por tanto, sin alteración en la personalidad del arrendatario, y, en cambio, en el caso *sub iudice*, ambas sociedades se fusionan, lo que implica desaparición de la anterior personalidad de cada una para surgir una nueva sociedad; en este sentido se ha declarado que si la arrendataria es la sociedad absorbente no hubo introducción de persona jurídica ajena al contrato (S. de 25 de junio de 1983), lo que permite deducir *a sensu contrario* que tal introducción de persona ajena sí se produce en los supuestos de fusión y creación de una nueva sociedad.

Exclusión legislativa de la fusión como supuesto de traspaso: Irretroactividad de la Ley 19/1989.—Esta disposición, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia

de sociedades, dio nueva redacción al apartado 4.º del art. 31 LAU, estableciendo que no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, aunque el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido, lo que implícitamente viene a reconocer que con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 1 de enero de 1990, la fusión producía el efecto resolutorio de los contratos de arrendamiento de local de negocio, como reiteradamente había declarado la jurisprudencia, y, por otro lado, tal norma es inaplicable al supuesto de autos por haberse promulgado cuando el pleito estaba resuelto en segunda instancia y carecer de efecto retroactivo.

No hay analogía con la subrogación *mortis causa*.—El traspaso o cesión arrendaticia está expresamente contemplado en las leyes y no es confundible con la subrogación *mortis causa* en lugar del arrendatario de local de negocio, prevista en el art. 60 LAU, que no tiene analogía con el debatido (STS de 13 de mayo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Como es sabido, la legislación arrendaticia urbana todavía en vigor, por mor del *favor locatoris*, hubo de establecer un rígido sistema de causas extintivas del contrato, obligando a la jurisprudencia a elaborar principios tales como el de «introducción de otra persona en la relación arrendaticia», proclive a no pocas injusticias en su aplicación al caso concreto, según se acentuara en mayor o menor medida el formalismo. La prolongada vigencia de aquella normativa ha hecho que tuviera que confrontarse con situaciones absolutamente impensables para el legislador de 1964, tales como la desaparición de organizaciones políticas del anterior Régimen o creación de nuevas entidades político-administrativas, dando origen a soluciones no siempre uniformes. Mayor uniformidad se ha dado en relación con los fenómenos que afectan a las sociedades mercantiles, especialmente las fusiones bancarias que han obligado a intervenir al legislador. Si la doctrina ha calificado a la Ley 19/1989, de 25 de julio, en el punto aquí tratado, de atentar «contra los más elementales principios de seguridad jurídica y justicia distributiva» (FUENTES LOJO, *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, 9.ª ed., Barcelona, 1994, II, p. 1868), la S. aquí extractada (Pte. Santos Briz) parece inspirarse en parecidos criterios. Obsérvese que toda esta compleja construcción jurisprudencial, con sus forzadas interpretaciones *a contrario*, dejará de tener aplicación si se aprueba el Proyecto que ahora se debate en las Cortes. (G.G.C.).

13. Contrato de agencia inmobiliaria: Naturaleza jurídica: Doctrina general.—El contrato de agencia inmobiliaria, como dice la S. de 26 de marzo de 1992, se presenta revestido de atipicidad, pero dotado de propio contenido sustantivo, generándose al amparo de la libertad de contratación que autorizan los arts. 1.091 y 1.255 CC, y si bien mantiene aproximaciones

a los contratos de mandato, corretaje, arrendamiento de servicios y contrato laboral, predomina en el mismo la función de gestión mediadora por lo que reviste naturaleza de pacto de encargo, al interesar al Agente, en su condición de intermediario, para que por sus relaciones con el mercado inmobiliario, oferte a la venta determinados bienes, aportándose los datos de los mismos y un precio inicial que suele ser indicativo. El agente, salvo apoderamiento y representación expresa, no interviene directamente en la conclusión de la compraventa final, aunque esté autorizado a recibir cantidades a cuenta, si bien coadyuva eficazmente a la misma y su propia función es predominantemente pregestoria, al hacer posible contratar, cesando una vez pone en relación a las partes, que son las que han de celebrar el futuro convenio final; lo que se conforma a la normativa de su actividad profesional contenida en el RD de 19 de junio de 1981, que aprobó los Estatutos Generales de la Profesión de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de sus Colegios Oficiales y Consejo General.

Derecho a los honorarios del Agente Inmobiliario.—Los consecuentes honorarios de los Agentes se devengan, salvo pacto expreso que contemple otra modalidad, si su actividad resulta eficaz, al celebrarse y tener positiva realidad jurídica el contrato o negocio objeto de la mediación, como consecuencia de la actividad desplegada por el Agente mediador, que no se obliga, por ello, a responder del buen fin de la operación, lo que requeriría un pacto especial de garantía, como prevé el art. 272 C. com. para la comisión (SS de 12 de marzo, 18 de septiembre y 1 de diciembre de 1986, 1 y 17 de mayo y 6 de octubre de 1990, 11 de febrero y 26 de marzo de 1991), doctrina jurisprudencial reiterada que no es frontalmente opuesta a los Estatutos referenciados, en cuanto que al tratarse de normas administrativas, no alteran la naturaleza del contrato de Agencia Inmobiliaria regido por el Derecho civil; así su art. 23 es acorde al determinar que el derecho a percibir la retribución «surgirá al perfeccionarse el negocio a que se refiere la intervención pactada o al finalizar el trámite encargado», en lo que también coincide la norma primera de las reguladoras de las bases mínimas de honorarios del Colegio Oficial de Vizcaya.

Intervención de Agentes sucesivos: Momento de la perfección de la compraventa y derecho al devengo de honorarios.—La sentencia recurrida adolece de manifiesta incorrección legal e infringe el art. 1.450 en relación con el 1.261 CC, pues en las actuaciones ha quedado suficientemente constatado que la actividad encaminada a la afectiva perfección y consecución de las ventas de los terrenos al Ministerio, entonces del Ejército, se practicaron por la actividad desplegada por el hoy recurrente. (STS de 21 de mayo de 1992; ha lugar).

NOTA.—Se trata de un supuesto de intervención sucesiva de varios Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en función de mediación de compra de terrenos para el entonces Ministerio del Ejército, que se remonta a 1978, que no condujo a ningún resultado práctico

al quedar interrumpida en fecha indeterminada; se reanuda «con fuerza ya decisoria» —dice el 4.º FD— en 1982, otorgando los propietarios interesados apoderamiento notarial a Don Rufino U. quien lleva a cabo una actividad de entrevistas y gestiones, sin llegar a fijar precios definitivos pues fallece en julio de 1982, aunque la duración del encargo era temporal; con fecha 23 de dicho mes los propietarios otorgan poder a don Jesús G. como Agente, solidariamente con una hija del fallecido en calidad de Letrada en ejercicio, para continuar las gestiones, que llegaron a su culminación el 31 de diciembre de 1982; mientras tanto los propietarios habían revocado el poder a la hija del fallecido manifestando su voluntad de que no interviniera en el otorgamiento de la escritura de venta. Don Jesús G. interpone una demanda contra los propietarios solicitando se declare su derecho a percibir el 3 por 100 del precio de venta, obteniendo sentencia favorable en primera instancia, si bien en apelación se fija el siguiente porcentaje de reparto de honorarios; 75 por 100 al primer Agente don Rufino, y 25 por 100 al actor. Al estimarse el recurso interpuesto por don Jesús G., queda en pie la sentencia de primera instancia que otorga el 100 por 100 de los honorarios al Agente que culminó la operación.

La S. extractada reitera una conocida doctrina jurisprudencial sobre el derecho a percibir honorarios por el Agente Inmobiliario, si bien en el caso de gestiones prolongadas, especialmente cuando se llevan a cabo con la Administración Pública, pueden conducir a resultados poco equitativos. Parece traslucirse una situación de armonía y entendimiento entre el Agente fallecido y el nuevo, como se deduce del hecho de incorporar al contrato a una hija de aquél; en determinado momento la armonía se rompe y la hija queda fuera de la actividad gestoria por revocación (¿inducida?) de los poderdantes. El 4.º FD expresa una opinión significativa respecto a la actuación del primer Agente, afirmando que «seguramente hubiera culminado su actuación prenegocial de no haberle sobrevenido la muerte», aunque añade inmediatamente que su mandato hubiera expirado antes de la fecha en que efectivamente se concluyó la operación, lo que constituye una valoración de un futurible que nada añade a la correcta argumentación de la sentencia. La S. dictada en apelación carecía de todo apoyo jurídico y sólo podía basarse en razones de equidad. Respecto a las normas administrativas que regulan los aspectos profesionales de la actividad inmobiliaria, deja claro la S. que no pueden derogar el Derecho contractual civil, esforzándose, en todo caso, por resaltar los preceptos que lo confirman. (G.G.C.).

14. Culpa extracontractual: Daños en propiedad privada por obras encargadas por el Ayuntamiento.—Procede la aplicación del

art. 1.902 CC por cuanto: 1.º Las obras de acondicionamiento realizadas en la plaza del pueblo originaron daños y perjuicios en la casa propiedad de la actora; 2.º Las referidas obras corren por cuenta y riesgo de la Corporación recurrente; 3.º Las deficiencias experimentadas por el inmueble de la actora son imputables al Ayuntamiento como autoridad que aprobó la ejecución de las mismas; en consecuencia procede declarar la indeclinable responsabilidad extracontractual de la referida corporación, tanto por culpa *in vigilando* como *in eligendo*, de conformidad con la doctrina de esta Sala y por aplicación del art. 1.903 párr. 4.º CC, en relación con el art. 106 CE.

Incompetencia de jurisdicción: Práctica viciosa.—Independientemente de que, por su carácter y naturaleza, la incompetencia jurisdiccional, aunque no haya sido denunciada, puede estimarse de oficio por los Tribunales sin incidir en incongruencia, es de poner de relieve que constituye una reprobable costumbre forense omitir aquélla en la contestación a la demanda e incluirla entre los motivos del recurso, ya que puede contribuir a coartar en cierta medida los mecanismos de defensa y garantías de la contraparte.

Carácter civil de la reclamación de un particular contra un ayuntamiento por daños.—Se trata de responder extracontractualmente de los daños experimentados por bienes propiedad de un particular, que ninguna relación civil ni administrativa tuvo con la entidad edilicia, lo que da lugar a que esta última —como tiene ya expresado esta Sala con cierta reiteración— no merezca otra consideración que la correspondiente a cualesquiera personas jurídicas privadas, lo que proyecta la competencia sobre Tribunales de la jurisdicción ordinaria civil, como pone de relieve el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; criterio que constituye doctrina reiterada de esta Sala (SS de 22 de noviembre de 1985, 1 de julio de 1986, 2 de febrero y 31 de marzo de 1987, 30 de abril, 31 de octubre y 23 de noviembre de 1991).

Falta de reclamación previa en vía administrativa: Defecto formal.—Sólo puede ser combatida por los cauces del ordinal 3.º del art. 1.692 LEC y no por los del 5.º, como aquí se ha hecho.

Equiparación entre la reclamación previa y el acto de conciliación: Doctrina jurisprudencial prevalente.—Según S. de 20 de marzo de 1975, la doctrina jurisprudencial de este TS, si bien en alguna ocasión sostuvo la disparidad entre el acto de conciliación y la falta de reclamación previa en la vía gubernativa, afirmando que la segunda era un vicio insubsanable al modo como aparece en las SS de 22 de marzo de 1963 y 26 de abril de 1974 —últimas de las recaídas sobre el tema—, pero en su inmensa mayoría que constituye un cuerpo de doctrina homogénea que debe ser mantenida, se inclinó por la tesis de que los dos institutos eran equiparables por su finalidad, que no podía decirse alterada por el hecho de que en un caso interviniese la Administración Pública, justo porque no lo hace con la potestad o imperio que le es característica, sino como una simple persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público,

sino privado; doctrina que reiteran las diez sentencias que en ella se citan y la de 10 de julio de 1985.

Denuncia de mora.—En la exégesis de toda norma deben tenerse en cuenta tanto sus aspectos lógico como sistemático, sin olvidar cuando fuere preciso el gramatical y el social; y al haber optado la reclamante por la denuncia de la mora ante el Ayuntamiento demandado, ello le autoriza para ejercitar la pertinente acción procesal ante los Tribunales civiles, y sin sujeción a las limitación de tiempo que el art. 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala para su ejercicio, dado que éstas, al venir referidas únicamente a la reclamación previa, no deben ser aplicados a los supuestos de denuncia de mora, por cuanto implicaría una interpretación extensiva de un precepto perjudicial para los intereses de los particulares, lo cual no está permitido según una muy constante doctrina de esta Sala.

Incongruencia.—No incide en incongruencia la sentencia que condena al Ayuntamiento demandado a construir una acera en la plaza y a acondicionar las jardineras existentes en la misma, cuando el *petitum* de la demanda solicitaba la condena a realizar todas las obras de reparación que en dicho lugar fueran necesarias para corregir los daños experimentados, dentro de cuya generalidad se encuentra comprendida la concreción realizada por el Juzgador en ambas instancias, más aún cuando en tal decisión han desempeñado relevante papel las pruebas periciales y de reconocimiento judicial, lográndose con ello una notable rapidez y economía en la solución del pleito, evitando lo que aquí sería una larga tramitación de la ejecución de sentencia. (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Trasluce en esta sentencia lo que podría calificarse de «enfado» de la Sala 1.^a ante una actuación procesal dirigida a eludir la competencia que una reiterada jurisprudencia ha atribuido a los Tribunales civiles en las reclamaciones de los particulares por culpa extracontractual de la Administración. La S. extractada (Pte. Martín-Granizo) no vaciló en calificar de «reprobable costumbre forense» la de reservarse para el recurso de casación la alegación de la incompetencia jurisdiccional, con posible mengua de las garantías procesales de la contraparte. El interrogante abierto es el siguiente: ¿Mantendrá el TS su competencia cuando tenga que aplicar la nueva Ley de 1992 sobre responsabilidad de la Administración pública en todos sus niveles? (G.G.C.).

15. Responsabilidad civil extracontractual. Daños por publicidad engañosa.—La culpa extracontractual que originariamente se basó en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha evolucionado por las necesidades de los tiempos, la complejidad de las relaciones socio-económicas, y avances industriales, con la aparición de nuevas tecnologías, que si bien pueden significar progreso, también aportan mayores riesgos, ya que, al aumentarse

el potencial positivo, también sucede que se incrementa el negativo. (STS de 30 de mayo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—«Construcciones Agrícolas Aguirre, S.L.», demandó a «Vicon España, S.A.», como consecuencia de una entrevista a un agricultor que la última insertó como publicidad en una revista especializada, en la que se criticaba cierto producto de la primera. «Vicon» había contratado con Manuel R. F. la publicidad de sus fabricaciones, teniendo este agente capacidad para la dirección, organización y ejecución de los servicios objeto del convenio. La entrevista con el agricultor se hizo en presencia del distribuidor de «Vicon» en la zona. (J.B.D.).

4. DERECHOS REALES

16. Requisitos para la viabilidad de la acción reivindicatoria. Efectos de la misma.—«Dicha acción exige para su viabilidad, aparte de la identidad de la finca, lo que no se discute, que el poseedor de la misma y que se trata de reivindicar, carezca de títulos adecuados de propiedad, asimismo que el reivindicante esté asistido de títulos necesarios, eficientes y suficientes de dominio. Se produce de esta manera una confrontación de títulos, imponiendo al que ejercita la acción para que pueda prosperar, que pruebe cumplidamente su relación dominical sobre la finca que clama (Sentencias de 28 de noviembre de 1986, 7 de octubre y 28 de noviembre de 1988, 1 de diciembre de 1989 y 27 de junio de 1991, entre la numerosa doctrina dictada por esta Sala sobre la cuestión), pues el efecto principal es la restitución de la cosa para integrarla en la legitimidad del propietario correspondiente y la consiguiente liquidación del estado posesorio que mantiene el contradictor.»

Falta de idoneidad de las reformas y reconstrucciones realizadas en un inmueble para enervar la acción reivindicatoria.—«... las posibles reformas y reconstrucciones llevadas a cabo en la misma, en forma alguna son eficaces y dotadas del contenido jurídico necesario para enervar la acción reivindicatoria postulada. En este sentido la sentencia recurrida no resulta de acorde a la normativa legal (art. 348 del Código Civil) y jurisprudencial a aplicar.»

La inclusión de un inmueble en el inventario formado en juicio de testamentaria no genera un título acreditativo de propiedad.—«El hecho fáctico de que fuera incluido el inmueble en el inventario de D.^a M.T.E.S., aun viviendo sus padres, no es título acreditativo de propiedad, al no mediar un acto de donación efectivo de éstos, plasmado en la necesaria escritura pública, conforme al artículo 633 del Código Civil, para sobreponerse al título de propiedad de los progenitores que expresa la escritura pública de adquisición referenciada.» (STS de 21 de mayo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El recurso de casación que el Tribunal Supremo resuelve trae causa del ejercicio de una acción reivindicatoria para excluir del caudal hereditario de la esposa del recurrido y hermana del recurrente, la casa que había comprado sus padres y reintegrarla al caudal correspondiente a dichos progenitores que ostentaban la titularidad registral sin contradicción alguna. (R.G.S.)

17. Accesión invertida.—Con la simple y escueta alegación de que con la construcción de un bloque de viviendas se había invadido el suelo correspondiente a la casa de su propiedad «en una medida de diez centímetros», el actor ejerció la acción reivindicatoria y solicitó se condene a la entidad demandada a «demoler a su costa todo lo edificado sobre la propiedad del actor». El tratamiento que haya de corresponder al expresado motivo viene determinado por las consideraciones siguientes: 1.º El tema litigioso al que se refiere la pretensión del actor no puede resolverse atendiendo única y exclusivamente a la concurrencia de los requisitos que condicionan la viabilidad de toda acción reivindicatoria pues el mismo tiene una específica incardinación legal y jurisprudencial en sede del derecho de accesión (artículos 361 al 363 del Código Civil). 2.º La rigurosa medida de la demolición de lo edificado invadiendo el suelo ajeno solamente puede decretarse en el supuesto de que aparezca probada la mala fe del edificante (artículo 363 del Código Civil). Al no haber sido probada ha de partirse inexcusablemente de la concurrencia de la *bona fides* en la misma ya que la mala fe no se presume nunca. 3.º El presente supuesto litigioso es un caso claramente subsumible dentro de la consolidada doctrina del TS (STS 15-6-1918, 30-11-1981, 1-10-1984, 11-3-1985, 24-1-1986, 23-2-1988, 22-10-1989, entre otras) que definen la figura jurídica, de creación jurisprudencial, de la llamada «accesión invertida» o «construcción extralimitada» pues concurren los requisitos definidores de la misma, que son: a) Invasión parcial del suelo o vuelos ajenos. b) Buena fe del edificante. Y c) valor muy superior de lo construido o edificado respecto del suelo invadido. (STS de 3 de abril de 1992; se estima parcialmente el recurso).

HECHOS.—D. A.P.M. formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra «Promociones Palmones, S.A.», sobre acción negatoria de servidumbre y reivindicatoria ya que la demandada, que estaba edificando un bloque de viviendas, había abierto huecos y ventanas sin respetar las distancias del artículo 582 del Código Civil e invadido con la construcción la propiedad del demandante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Algeciras estimó la demanda condenando a la entidad demandada al cerramiento de los huecos y a la demolición de lo construido con invasión del fundo ajeno. La Audiencia Provincial de Sevilla confirmó la sentencia. El TS estimó parcialmente el recurso. (A.J.C.).

18. Bienes inmuebles. Interpretación del artículo 334.3.º del Código Civil. Los llamados inmuebles por incorporación.—La estructura metálica integrada en una planta para fabricación de piensos no puede considerarse como inmueble al amparo del artículo 334.3.º del Código Civil ya que no todo lo que se une a un inmueble adquiere esta misma cualidad. La unión ha de ser fija, calificativo que aquí significa, por disposición legal, que no puede separarse de aquél sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, lo que implica que forma parte integrante del mismo y por eso se destruye o deteriora con la separación. En otros términos, los bienes en cuestión contribuyen a la formación del inmueble, son partes físicas del mismo y estas circunstancias no concurren evidentemente en las estructuras metálicas en cuestión, indispensables para la actividad industrial que se ejercitaba en el inmueble pero no para la formación de éste. (STS de 24 de marzo de 1992; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—B. Z., S.A. vendió a don J.L.M.M. por documento privado de 30 de noviembre de 1985 la maquinaria, compuesta de diversos silos y elementos, instalada en la finca de su propiedad denominada «La Jarea», siendo de cargo del comprador la retirada de los citados bienes. El 26 de noviembre de 1986, y aún sin retirar los bienes vendidos a M.M., B.Z. S.A. vendió a N.L.W.A. S.A. dicha finca con cuantos derechos le fueran inherentes. Opuesta la entidad compradora a la retirada por D. J.L.M.M. de los bienes que compró a B.Z. S.A., aquél la demandó solicitando la entrega de dichos bienes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Zaragoza estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

19. Propiedad horizontal. Unanimidad para modificar elementos comunes. Calificación del ascensor como elemento común.—La instalación de un ascensor, al afectar a elementos comunes del edificio, requiere acuerdo unánime y no mayoría para efectuarlo, de conformidad con lo prevenido en la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, al guardar relación con el título constitutivo de propiedad del inmueble de que se trata.

El ascensor es un elemento común no ya sólo cuando se instala en el edificio durante la construcción del mismo sino también si se instala con posterioridad, con asenso de los propietarios existentes al tener lugar la instalación. El carácter de elemento común del ascensor está reconocido por el TS en Sentencia de 2 de octubre de 1986 siendo aplicables al supuesto las normas de la Ley de Propiedad Horizontal referentes a los elementos comunes y no a las mejoras. Por otra parte, la regla 4.ª del artículo 16 hay que entenderla referida únicamente a acuerdos que sean contrarios a la ley o a los Estatutos, no pudiendo aplicarse a aquellos acuerdos cuya nulidad

sea radical e insubsanable por emanar de un *quorum* que hace inviable en absoluto tal acuerdo, al haber sido adoptado por mayoría cuando se precisa unanimidad, ya que en tal caso el acuerdo no se produce en modo alguno, sin posibilidad de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad (STS de 15 de febrero de 1992; se estima parcialmente el recurso).

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de la calle Viuda de Epalza, núm. 7, de Bilbao, aprobó por unanimidad la instalación de un ascensor en el edificio, en Junta General Extraordinaria a la que asistieron todos los miembros de la Comunidad excepto don C.V.P. La Comunidad de Propietarios formuló la demanda correspondiente para que se autorizara la obra de instalación del ascensor. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Bilbao estimó la demanda y autorizó las obras. La Audiencia Provincial de Bilbao desestimó el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A.J.C.).

20. Propiedad horizontal. Realización de obras que afectan a los elementos comunes.—En el supuesto de hecho que contempla esta sentencia se distinguen dos casos. En primer lugar unas obras (instalación en el patio interior del inmueble, en sentido vertical y hasta rebasar la altura del mismo, de una chimenea de tubo metálico para salida de humos del negocio de restaurante-marisquería que se iba a instalar en los locales comerciales de la planta baja del edificio y cerramiento de dos plazas de aparcamiento de la planta sótano para que sirvieran de almacén y cámara frigorífica al expresado negocio), obras que se efectuaron durante la fase de construcción del edificio. En segundo término, la entidad demandada instaló en los elementos comunes tiempo después de la finalización del edificio, sin previa autorización de la Comunidad de Propietarios, un aparato de ventilación de un metro de alto, uno de largo y medio de ancho.

Con respecto a las primeras de ellas, se desestima la petición de la actora que pretendía que al no estar dichas obras consignadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal, se requería el consentimiento de la Junta de Propietarios. No lo contempla así el TS, que entiende que el título constitutivo debe contener con carácter esencial e ineludible, las circunstancias exigidas por los párrafos primero y segundo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal (descripción del inmueble en su conjunto, la de cada piso o local y la cuota de participación correspondiente a cada uno de ellos) sin que sea necesario incluir aquellas otras estipulaciones de carácter opcional que señala el párrafo tercero del citado precepto, atinentes al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos y locales, instalaciones o servicios, que más bien pertenecen al ámbito de los Estatutos.

Por el contrario, y por lo que respecta a la otra obra (instalación en los elementos comunes de aparato de ventilación), efectuada después de la terminación del edificio sí es necesario el consentimiento de la Comunidad de Propietarios ya que la servidumbre establecida en la escritura de división

del edificio en régimen de propiedad horizontal, que permite el paso por la planta sótano de personas, elementos y materiales necesarios para las eventuales operaciones de mantenimiento, reparación o reforma no autoriza en modo alguno a uno de los propietarios a ocupar en beneficio propio, elementos comunes del edificio. (STS de 28 de abril de 1992; se estima parcialmente el recurso).

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios Edificio Alameda formuló demanda contra Explotaciones de Bares, S.A., sobre eliminación de unas obras efectuadas por la demandada y que afectaban a los elementos comunes del edificio. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Murcia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Albacete confirmó la sentencia. El TS estimó parcialmente el recurso. (A.J.C.).

21. Concepto de incongruencia.—«... lo que a tenor de la doctrina de esta Sala no es lo que viene definido en forma permanente por tal vicio procesal, como “el desajuste entre lo pedido y lo concedido, siempre que esto último no venga imperado por la Ley o la lógica, como consecuencia inherente al pronunciamiento principal del cual el exceso sea un mero colatorio aclaratorio o complementario que redunde en evitación de incidentes en la ejecución de sentencia”».

Actuación de la comunidad de propietarios a través de su representante. La comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica pero tiene una «proyección jurídica propia».—«... c) En lo concerniente a la personalidad jurídica de la Comunidad, cierto es que no es un ente que pueda por sí actuar como lo haría una Sociedad o una Asociación (artículo 35 del Código Civil) y por ello actúa siempre la cabeza visible que legalmente la representa, el Presidente como aquí acontece, pero lo que no puede pretenderse de este singular régimen de propiedad es que sea una pura entelequia y aunque doctrinalmente esta Sala ha venido señalando que su naturaleza jurídica se asemeja a los “actos de conjunto” (Sentencias de 3 de marzo de 1986 y 24 de diciembre de 1986), en lo que se refiere a la manifestación de su voluntad, es lo cierto que dada su extensión, la complejísima trama de derechos y obligaciones que comporta y la imposibilidad de que pudiera operar como una comunidad de bienes ordinaria habida cuenta de la “propiedad separada” que caracteriza a la propiedad horizontal según el artículo 396 del Código Civil, hace imprescindible que, aunque sin personalidad jurídica sea considerada como un ente de proyección jurídica propia que si bien actualmente no puede operar sino a través de su representante en juicio o fuera de él, como es el Presidente, tenga una estructura y función propia y relevante en el futuro que se asemeje a las personas jurídicas, del preinvocado artículo 35 del Código Civil».

Contenido del art. 38 LH.—«... el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, obviamente, establece una norma específicamente proyectada a la regulari-

dad del tracto sucesivo de los derechos reales que los asientos del Registro de la Propiedad publican a efectos de su protección por vía instrumental del principio de fe pública registral».

Ilicitud que comporta la exigencia de contribuir a los gastos comunes de los servicios en los que no se participa.—«... aparte de que el artículo 15 nuevo no predetermina dada su generalidad, que haya de contribuirse por los propietarios a los gastos comunes de los servicios y suministros de los que no participen en modo alguno, lo que en efecto si se exigiera sería ilícito y envolvería un enriquecimiento torticero».

Condiciones para la validez y eficacia de los acuerdos adoptados por la Junta general de la Comunidad de Propietarios.—«... si estos acuerdos se notifican a los disidentes o no asistentes y no se hace uso de la facultad de impugnación prevista en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, han de adquirir absoluta validez y eficacia (Sentencias de 7 de octubre de 1965 y 14 de febrero de 1986), sin que sea preciso promover acción judicial para su reconocimiento, salvo para aquellos que a pesar de tal validez y eficacia sean renuentes a su cumplimiento...». (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—En Junta General extraordinaria aprobó la Comunidad de Propietarios modificar las normas estatutarias que regían la participación en los gastos de la Comunidad de los propietarios de sótanos, plantas bajas y entreplantas. Supuso ello la consiguiente nulidad de la exención de la contribución a gastos comunitarios establecida para ciertos propietarios en la norma estatutaria primitiva. La actitud de estos propietarios provoca que la Comunidad acuda al Juzgado en demanda de un pronunciamiento declarativo de la validez y obligatoriedad de los nuevos estatutos solicitando a la vez la condena de los propietarios a estar y pasar por la declaración del Juzgado. Se estima la demanda. Es desestimada parcialmente la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

22. Juego en el ámbito del proceso civil del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE). Plazos de caducidad: requisito para el útil ejercicio de la acción y apreciables de oficio.—«Frente a estas resultancias probatorias opone el recurrente... la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en lo relativo a la presunción de inocencia, al amparo de lo dispuesto en el punto 4 del artículo 5 de la LOPJ. Aunque no es tarea fácil extraer del razonamiento que expone el hilo de la argumentación impugnatoria, se entiende que no satisfacen al recurrente los medios por los que se alcanza la fijación probatoria, de los datos tenidos en cuenta para hacer el cómputo del plazo, que, según sostiene, “se ha basado en meros indicios”, por lo que en caso de duda debe prevalecer una interpretación favorable al actor dado que la prueba de la excepción correspondía al demandado, posición que aparte no responde exactamente a la verdad, pues

entre los medios valorados se halla con efecto perjudicial para el actor, la propia prueba de confesión, supone una inaceptable extrapolación al campo del proceso civil, regido por reglas de distribución de la carga de la prueba, diferenciadas del proceso penal, de derechos que protegen a la persona frente a acusaciones penales infundadas o insuficientemente probadas, que ni siquiera por analogía (sin desconocer algunas limitadas proyecciones del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito civil), pueden aplicarse al caso que se examina, ya que el actor y recurrente incumbía liberar en su propio beneficio también la carga de la prueba relativa al tiempo en que se ejercitó la acción en relación con la fecha de los acuerdos impugnados, en atención a que los plazos de caducidad, a diferencia de los de prescripción (que constituye propiamente una excepción), operan como requisitos para el útil ejercicio de la acción y pueden estimarse de oficio.»

Causas de nulidad, causas de anulabilidad y plazos de caducidad: Los acuerdos contrarios a normas de la Ley de Propiedad Horizontal admiten la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción.—«El motivo siguiente... denuncia la infracción del artículo 16.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, puesto que, según sostiene el recurrente, la sentencia impugnada no hace acepción entre causas de nulidad y causas de anulabilidad, a los efectos, de distinguir la aplicación o no al caso, del plazo de caducidad, ya que las nulidades de pleno derecho no pueden someterse a tal caducidad. Sin embargo, jurisprudencia reiterada de esta Sala, viene poniendo de manifiesto que sólo causas de nulidad, fundadas en normas que no sean reglas, aun imperativas y prohibitivas de la misma Ley de Propiedad Horizontal, pueden propiciar aquella distinción; así la sentencia de 25 de noviembre de 1988 que se refiere, de un lado, a los acuerdos contrarios a la ley en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil (lo que aparejaría la nulidad de pleno derecho) y, de otro a los acuerdos contrarios a las normas de la Ley de Propiedad Horizontal o contrarios a los estatutos privativos que admiten, de ordinario, la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción. Consecuentemente, siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la Propiedad Horizontal, como es el caso, la jurisprudencia sostiene que para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los treinta días siguientes al que se adoptó o a la notificación conforme previene el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y aun así el acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión (Sentencia de 17 de abril de 1990; en análogo sentido, sobre la caducidad, Sentencia de 5 de febrero de 1991).» (STS de 22 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El objeto litigioso versa sobre impugnación de acuerdos adoptados por junta de copropietarios en régimen de propiedad horizontal. Las dos sentencias de instancia son conforme en la estimación de que la acción deducida ha caducado al no haberse

intentado su ejercicio dentro del plazo de 30 días previsto en el artículo 16.4 de la LPH. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

23. No es procesalmente admisible la reconvencción entre codemandados pero ello no entraña indefensión cuando el proceso tiene por objeto fijar el orden de prelación entre varios créditos concurrentes.— «... sin dejar de ser cierto que no es procesalmente admisible la reconvencción entre codemandados (Sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1975, 3 de julio de 1978, 27 de junio de 1988, entre otras), no lo es menos que cuando un proceso, como el que aquí nos ocupa, tiene por objeto determinar el orden de prelación entre varios créditos concurrentes, el titular de cada uno de ellos, cualquiera que sea la posición procesal que ocupe, puede, obviamente, sostener en el proceso, la preferencia que estime le corresponde al suyo con respecto a los otros, sin que ello entrañe propiamente una reconvencción implícita, como han calificado los juzgadores de la instancia a las pretensiones preferenciales que los codemandados... al contestar a la demanda, dedujeron con respecto a los créditos de que son titulares, ante cuyas peticiones las también codemandadas... pudieron hacer las alegaciones que tuvieran por conveniente en sus respectivos escritos de dúplica (al tratarse de un juicio de mayor cuantía), si estimaban que el orden de prelación debía ser otro distinto o si entendían que a ninguno de los créditos contendientes les correspondía preferencia alguna, por lo que si no lo hicieron, sólo a ellas es imputable y no a la supuesta situación de indefensión que ahora aducen y que no ha existido, ya que, se repite, todo proceso que versa exclusivamente sobre el orden de prelación entre varios créditos concurrentes entraña, lógicamente, por un lado, que el titular de cada uno pueda pretender la preferencia del suyo y, por otro, que los demás intervinientes en el proceso (sean demandantes o demandados) puedan oponerse a tal pretensión preferencial y, en su caso, defender la suya, al ser ésta la única forma posible de que el órgano jurisdiccional pueda cumplir con su deber institucional de juzgar y resolver un proceso de peculiaridades tan específicas como el aquí promovido, en el que aparezca cohonestado el principio constitucional de tutela judicial efectiva con el de igual rango que proscribire toda indefensión (artículo 24.1 de la Constitución), situación esta última que aquí no se ha producido, por lo ya dicho».

El error material en la inscripción de la hipoteca naval no produce la nulidad de esta inscripción.—«3.ª Porque el referido asiento registral contiene todos los requisitos que para la inscripción de la hipoteca de un buque exige el artículo 25 de la Ley Hipotecaria naval de 31 de agosto de 1893, en relación con el artículo 6 de la misma, por lo que el ya dicho error material no puede en modo alguno producir la nulidad de la inscripción, sino solamente la rectificación de la misma, si en su momento se hubiera pedido.»

Admisión en nuestro ordenamiento de la hipoteca naval en garantía de cuenta corriente.—«... porque la hipoteca objeto de litis es una hipoteca

naval en garantía de cuenta corriente, que está permitida en nuestro ordenamiento jurídico y específicamente regulada por el artículo 163 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (vigente no sólo en la fecha de constitución de dicha hipoteca, sino también en la actualidad, conforme establece la Disposición Transitoria Sexta del actual Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre)».

No sometimiento a plazo de la aceptación de la hipoteca unilateral si no media requerimiento por parte del constituyente.—«... pues para llevar a efecto tal aceptación (que, además de no ser requisito constitutivo de la hipoteca, ya nacida anteriormente, es un acto exclusivamente dependiente de la decisión del acreedor, sin necesidad del concurso de ninguna otra voluntad) no hay plazo alguno señalado legalmente, en tanto no hubiera sido requerido para ello por la naviera constituyente de la hipoteca (mientras tuvo capacidad dispositiva) o por los representantes de la quiebra (a partir de la declaración de ésta), en cuyo supuesto habría entrado en juego el plazo de dos meses que establecen los artículos 141.2 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento...».

La ejecución de primera hipoteca naval comporta la cancelación de las posteriores sobre el mismo buque pero, por el juego de la subrogación real, el titular de segunda hipoteca mantiene su condición de acreedor hipotecario sobre el remanente del precio del remate.—«En ejecución, por el procedimiento judicial sumario, de la primera hipoteca que gravaba dicho buque... el mismo fue sacado a subasta y, una vez aprobado el remate y consignado el precio, en dicho procedimiento el Juez dictó, ..., el auto correspondiente, en el que conforme a lo preceptuado en la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, acordó expresamente la cancelación de la segunda hipoteca naval que pesaba sobre el mismo buque (la que es objeto de este proceso). En cumplimiento de lo ordenado en dicho auto, el Registro mercantil... extendió el correspondiente asiento de cancelación de la inscripción de la mencionada segunda hipoteca naval... Una vez cancelada, como acaba de decirse, la inscripción de dicha segunda hipoteca naval es evidente que el Banco Popular Español, S.A. (en cuanto titular de la misma), perdió su condición de acreedor hipotecario con respecto al buque «Carmen María», en cuanto quedaba imposibilitado de promover una nueva ejecución sobre el mismo para el cobro de su crédito. Pero como del precio del remate de dicho buque (en ejecución de la primera hipoteca, una vez pagados los créditos garantizados con la misma), quedó un sobrante o remanente que es lo que aquí se reclama, esta Sala entiende que, en principio, no hay inconveniente u obstáculo legal alguno en seguir atribuyendo a Banco Popular Español, S.A., la condición de acreedor hipotecario con la preferencia que, como tal, le corresponda sólo con respecto al referido sobrante o remanente (que, por subrogación real y en esa sola medida, ha venido a sustituir al buque en cuanto a la segunda hipoteca que sobre él pesaba) si bien la cuantía del expresado sobrante o remanente que

reclama habrá de estar subordinada al cumplimiento de los requisitos que le son exigibles.»

La ejecución de una hipoteca en garantía de cuenta corriente exige la previa acreditación del saldo de dicha cuenta. El cumplimiento de dicho requisito es, sin embargo, innecesario si sólo se pretende la declaración del carácter preferente del crédito garantizado con la referida hipoteca.—«1.^a La ejecución o efectividad, a través del proceso ejecutivo correspondiente, de una hipoteca en garantía de cuenta corriente como es la que aquí nos ocupa, se halla condicionada por el acreditamiento del saldo que arroje la referida cuenta en la forma que determinan los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 y 246 de su Reglamento (a los que se remite expresamente el artículo 163 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, vigente en cuanto afecta a esta materia, como ya se ha dicho). 2.^a En el proceso declarativo (menor cuantía) a que se refiere este recurso no se trata de la ejecución de dicha hipoteca, por el procedimiento ejecutivo correspondiente, sino que se pretende la declaración del carácter privilegiado o preferente que al crédito garantizado con la referida hipoteca le corresponde para el cobro del remanente de la subasta del buque hipotecado, respecto del cual ya fue ejecutada la primera hipoteca que sobre el mismo pesaba... 3.^a La no presentación en este proceso declarativo del saldo de la referida cuenta corriente no puede, por sí sola, determinar la pérdida del carácter privilegiado o preferencial que a dicho crédito hipotecario (dimanante de la expresada segunda hipoteca) le pueda corresponder con respecto al remanente o sobrante de la subasta, sino solamente que la cuantía que, del mismo, tenga derecho a percibir habrá de venir inexcusablemente determinada por la justificación del expresado saldo, lo que podrá hacerse en fase de ejecución de sentencia.»

Carácter privilegiado de los créditos resultantes del contrato de servicios del capitán, de la tripulación y de otro personal al servicio de a bordo (Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926).—«El derecho preferente del Comité de Empresa de Naviera de Letasa, S.A., al cobro respecto del sobrante en la subasta del buque «Carmen María», con carácter limitado a los créditos laborales reconocidos al capitán, tripulación y personal al servicio de a bordo de dicho buque, según lo establecido... es plenamente ajustado a Derecho, en cumplimiento del Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930 de aplicación preferencial en nuestro país (Sentencias de esta Sala de 22 de mayo de 1989 y 5 de noviembre de 1990), cuyo artículo 2 establece un crédito o privilegio marítimo sobre el buque, incluso antes que las hipotecas, «mortgages» y prendas constituidas sobre el mismo, en favor de los créditos resultantes del contrato del servicio del capitán, de la tripulación y de otras personas al servicio de a bordo.»

Alcance y limitaciones del privilegio general establecido por el artículo 71 de la Ley General Tributaria.—«... ha de tenerse en cuenta que, según tiene declarado esta Sala (Sentencias de 20 de abril de 1987, 3 de

mayo de 1988 y 26 de marzo de 1991), el privilegio general que, *prima facie*, consagra el artículo 71 de la Ley General Tributaria... sufre la importante restricción que impone el artículo 132 de la misma Ley, al puntualizar que “el Estado, las Provincias y los Municipios tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por el ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria”, a cuya norma ha de estarse y no a la genérica que contiene el artículo 71 de la citada Ley General Tributaria, ya que teniendo que constar registralmente, mediante anotación de embargo, el crédito de la hacienda con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito, ha de concluirse que, fuera de los casos de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, que no se corresponden con el caso aquí contemplado, la anotación preventiva por débitos fiscales queda sometida a la norma del número cuatro de dicho precepto del Código Civil y no a la preferencia general que parece derivarse del artículo 71 de la Ley General Tributaria, por fuerza de la anteposición que, como queda dicho, merece la normativa que contiene el artículo 132 de la misma Ley».

Preferencia del crédito hipotecario sobre el crédito salarial correspondiente a indemnizaciones por despido concedidas en expedientes de regulación de empleo.—«Por lo que respecta a la colisión preferencial entre el crédito hipotecario a que nos venimos refiriendo y el crédito que reclama el Comité de Empresa —Comité de Flota— de Naviera Letasa, S.A., la preferencia también ha de declararse en favor de dicho crédito hipotecario..., ya que al corresponder el crédito del Comité de Empresa a indemnizaciones por despido, concedidas en expediente de regulación de empleo y no corresponderle el carácter de crédito «superprivilegiado» a que se refieren los párrafos 1.º y 2.º del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, el mismo ha de considerarse comprendido en el párrafo 3.º del citado precepto, con arreglo al cual sobre dicho crédito salarial gozan de prelación los créditos con derecho real que, con arreglo a la Ley Hipotecaria sean preferentes...» (STS de 1 de junio de 1992; ha lugar en parte).

HECHOS.—Naviera Letasa, S.A., obtiene de un consorcio de bancos un préstamo para la construcción de un buque («Carmen María»), en garantía de cuyo pago constituye sobre el referido barco una primera hipoteca. Para la construcción de un nuevo buque («Mónica María») obtiene de un segundo consorcio de bancos un segundo préstamo. De este segundo consorcio bancario forma parte el Banco Popular que contribuye al préstamo con un 10 por 100 del total. Se acuerda que el movimiento relativo al préstamo en lo que al Banco Popular se refiere se contabilice a través de una cuenta corriente abierta en una sucursal de la entidad siendo titular de la misma

Naviera Letasa, S.A. En garantía de la parte del préstamo que al Banco Popular corresponde constituye unilateralmente Naviera Letasa, S.A., una segunda hipoteca sobre el barco «Carmen María» que el Banco Popular acepta. La difícil situación económica de la Naviera provoca consecutivamente que ésta sea declarada en suspensión de pagos y quiebra. El impago del primer préstamo da lugar a la ejecución de la primera hipoteca. El Banco Popular se persona en el procedimiento con la pretensión de que se le entregue el sobrante de la subasta en pago parcial del préstamo que tenía garantizado con la segunda hipoteca sobre el «Carmen María». No accede el Juzgado a la pretensión y tampoco la Audiencia pues existen otros acreedores que se consideran con derecho preferente al remanente de la subasta. Interponen recurso de casación la Diputación Foral de Vizcaya, la Comisión de acreedores de la Naviera, el Comité de Flota Delegados de personal y de los tripulantes de la Naviera y la propia Naviera Letasa, S.A. El contenido impugnatorio de los recursos se centra en tres cuestiones: a) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, b) combatir la condición de acreedor hipotecario del Banco Popular y c) establecimiento de la prelación de los créditos en conflicto para el cobro del remanente de la subasta. Se estiman en parte todos los recursos. (R.G.S.).

24. Eficacia del expediente posesorio del artículo 396.4 de la LH de 1909.—«... el resultado del expediente posesorio, aparte de sus defectos por los que fue abolido por la Ley Hipotecaria vigente, confiere solamente una situación provisoria, o sea, como ya se indica, supeditada al dominio, puesto que como decía el artículo 396, párrafo 4, de la Ley de 1909, la inscripción de posesión no perjudicará el mejor derecho a la propiedad del inmueble, aunque el título no haya sido inscrito, y se confiere siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho».

Criterios para resolver situaciones de doble inmatriculación. Alcance del requisito de identificación del inmueble en la acción reivindicatoria.—«Constatada una situación de doble inmatriculación... dejan de actuar los principios hipotecarios, quedando neutralizados los asientos contradictorios y el problema se traslada en supuestos como el discutido al ámbito del Derecho civil; habiéndose acreditado por las pruebas practicadas que el dominio corresponde a la parte recurrida por no haber sido identificados los bienes como exige la reiterada jurisprudencia de esta Sala, de forma que no deje lugar a dudas que el terreno señalado e identificado es el mismo a que la demanda se refiere (Sentencias de 12 de mayo de 1983, 31 de enero de 1963, 17 de diciembre de 1969, 29 de abril de 1958 y otras muchas).»

Las cuestiones de hecho corresponden a los Tribunales de instancia y no pueden contradecirse en casación.—«... que estas cuestiones, según muy reiterada jurisprudencia, cuya cita detallada huelga por ser muy cono-

cida (...) corresponden a los Tribunales de instancia y no pueden contradecirse en casación por el cauce del núm. 5.º del mismo artículo (art. 1.692 LEC)». (STS de 27 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Los demandantes, recurrentes en la casación, ejercitaron una acción reivindicatoria que fue desestimada en ambas instancias. El Juzgado entendió que los inmuebles reivindicados no habían sido identificados y que faltaba la prueba de título suficiente para la acción ejercitada. Confirmó la Audiencia Provincial la sentencia del Juzgado. No ha lugar a la casación. (R.G.S.).

25. Artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Derecho de defensa.—Si bien la tutela judicial es un indiscutible derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, lo que se traduce en que deba ser realizado con extremado cuidado y atención todo lo relativo a la ejecución de los actos de comunicación en cuanto todo proceso civil a virtud del principio de contradicción y de aportación de parte exige garantizar que las mismas puedan ejercitar y defender sus derechos de la forma que estimen más conveniente, ello no es sin embargo obstáculo para que deban tenerse en cuenta entre otros las siguientes circunstancias: 1.º Que en este concreto supuesto la puesta en conocimiento de los demandados en el proceso sumario tuvo efectivamente lugar; y que como tiene manifestado el Tribunal Constitucional, la existencia de ese derecho aun cuando regla general, quiebra cuando la falta de comunicación tenga lugar por la pasividad o negligencia del interesado. 2.º Que como también tiene declarado el Tribunal Constitucional, aun cuando el procedimiento contenido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, viene caracterizado por la extraordinaria fuerza del titular y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante excepciones, dado que en realidad se trata de una vía de apremio no sujeta a fase de cognición, esta ausencia de controversia no vulnera en derecho de defensa que se consigna en el artículo 24 de la Constitución Española. (STS de 2 de abril de 1992; no hay lugar al recurso).

HECHOS.—D.^a I. B. A. y otra formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Bilbao contra la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao y otro, pretendiendo la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ya que la iniciación de dicho procedimiento no había sido notificado a los demandantes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

26. Artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Requerimiento de pago.—Habiéndose iniciado el procedimiento judicial sumario previsto en el ar-

título 131 de la Ley Hipotecaria, se procede al requerimiento mediante acta notarial, contemplado en la regla 3.ª3.º del citado artículo. El Notario, al practicar el requerimiento en el domicilio de los deudores, entendió la diligencia con el que dijo ser padre de la requerida, que se negó a abrir la puerta, así como a dar su nombre, no obstante lo cual el Notario le informó del contenido del requerimiento y de la obligación de hacérselo saber a los requeridos, de donde se sigue que la diligencia se practicó de tal modo que el Notario ni pudo cerciorarse de quién era en realidad la persona que se hallaba en la casa ni si se hallaba en condiciones de atender la diligencia, extremo este de particular trascendencia porque el padre de la requerida —según consta en dictamen pericial obrante en autos— tenía disminuida su capacidad perceptiva, de comprensión (intelectiva) y amnésica. Por tanto, el Notario hubo de estar a lo dispuesto en los artículos 202.8.º y 203.1.º del Reglamento Notarial, sin que se permita afirmar la validez de la diligencia. Ha de recordarse que, según reiterada doctrina jurisprudencial, el requerimiento constituye uno de los requisitos esenciales para sustanciar válidamente el procedimiento, ya que ha de darse ocasión al deudor para que impida la persecución de los bienes hipotecados cumpliendo su obligación personal de pago, pues se trata de un requisito tan necesario para evitar la indefensión y perjuicios que por su falta pueden ocasionarse al deudor que, si se omite, vicia de nulidad el procedimiento. (STS de 18 de marzo de 1992; no hay lugar al recurso).

HECHOS.—D. L. R. G. y esposa formularon demanda contra la entidad «Ediciones Anaya, S.A.», sobre nulidad de procedimiento hipotecario. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Salamanca desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid revocó la sentencia del Juzgado y declaró la nulidad del procedimiento hipotecario. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

5. DERECHO DE FAMILIA

27. Unión libre: Laguna legal: Derecho comparado.—Las uniones libres, aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico; la Constitución de 1978 no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza, y así se desprende de la lectura de su art. 32 en relación al 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho; lo que ha llevado al Tribunal de Casación de Italia a pronunciar la importante Sentencia de 2 de febrero de 1977 que vino a reconocer la *famiglia di fatto*, como grupo social que desempeña una función en la educación y mantenimiento de sus miembros, digna de protección conforme al art. 2 de su

Constitución; de esta manera, si bien no se equiparó estas situaciones a las familias legalmente constituidas, no por eso se las margina cuando presentan situaciones de darse una efectiva comunidad de vida, que la legislación de dicho país mediterráneo tiene en cuenta como «cohabitación notoria».

La Unión libre en el Derecho español.—La realidad legislativa española actual ha afrontado el problema de la unión libre sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total; con consideración negativa el art. 101 CC establece como supuesto de extinción de la pensión que contempla su art. 97, el hecho de que el acreedor a la misma viva maritalmente con otra persona; el art. 320.1.º sobre concesión judicial de emancipación; el art. 108, en relación al 39.2 de la CE, respecto a la filiación extramatrimonial. En materia de adopción, la vigente Ley de 11 de noviembre de 1987, en su disp. adicional 3.ª, reputa capaces para adoptar al hombre y la mujer integrados en pareja; y como simple referencia, el inciso final del art. 1.442. El Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, en sus arts. 11 y 18, equipara al cónyuge la persona que se halla ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad. En el ámbito de la Seguridad Social, la Disp. Adicional 10.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, contempla el percibo de pensiones, así como el derecho a las prestaciones sanitarias que con carácter excepcional acordó dispensar la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, con apoyo en razones de equidad. Incluso la Ley vigente de 1984 atribuye la condición de asilado y por extensión, no sólo al cónyuge, sino también a la persona que se halle ligada por análoga relación de afectividad y convivencia.

La Unión libre en la Jurisprudencia.—Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia mediante S. de 13 de junio de 1986, que decretó la validez de la cláusula testamentaria por la que se legaba el usufructo vitalicio de un inmueble a la compañera del fallecido; también la S. de 3 de julio de 1984 partió de la adquisición conjunta de una vivienda por una pareja que mantenían vida en común y que fue comprada a nombre de uno de ellos, declarando que el bien pertenecía a ambos proindiviso y por partes iguales.

Comunidad de bienes *sui generis*: Analogía.—Los litigantes durante más de veinte años de convivencia habían adquirido de común acuerdo los bienes y caudales en controversia, aunque los inmuebles figuran titulados a nombre del recurrente, viniendo así a constituir un patrimonio compartido e indiviso, con participación igualitaria, que la sentencia precisa tiene su origen en el «amor, comprensión y esfuerzo conjuntos», patrimonio comunal que se mantuvo hasta que se produjo la ruptura y que la sentencia califica de comunidad de bienes *sui generis*, surgida de la atípica mezcla de las normas de la comunidad de bienes, sociedad en general y sociedad legal de gananciales; pero yerra el motivo en cuanto argumenta que el Tribunal de la instancia aplicó las reglas de la sociedad de gananciales, lo que no sucede; pero ello no quiere decir que haya de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial

matrimonial, si expresamente se pacta, lo que significaría dar otro aspecto al problema en cuanto a si dichos convenios están dotados de la licitud y fuerza obligatoria conforme al art. 1.255 CC; a este respecto hay que hacer constar que la Recomendación R(88)-3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fechada el 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas, o que regulan las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su cesación, no puedan tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones.

Necesidad de solución judicial: Razones de equidad: Requisitos de la Unión libre.—Aunque la solución se presenta efectivamente dificultosa, no se puede desconocer que en estos casos se crean unas situaciones de hecho, a las que en términos de estricta justicia y por imperio de la equidad, ha de atenderse y tener en cuenta, pues en la mayoría de los supuestos las consecuencias negativas superarían superponiéndose a las positivas. No obstante tales uniones para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben de cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de evitar que una aplicación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho. La convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extraña y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar; dichas condiciones se dan en el presente caso en las relaciones que por más de veinte años mantuvieron los litigantes y con proyección bien concretada en actividades en común, como el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron, la existencia y manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de sus actividades negociales compartidas. Esto determina que se ha generado la existencia de un patrimonio común, el cual por consecuencia del cese de la relación de convivencia, es objeto de petición por la recurrida, en cuanto esencialmente postula su división y adjudicación de la parte que le corresponde en el mismo; los interesados no pactaron ni adoptaron ninguna norma previsoras al respecto, salvo el pacto tácito, derivado de las prestaciones habidas entre ellos, que es a florante de sus voluntades decididas y constatadas de tener en común los bienes que fueron adquiriendo durante el dilatado tiempo en que vivieron y trabajaron juntos.

Calificación como sociedad irregular de naturaleza mercantil.—Si bien en estas situaciones cabe partir, en términos generales, de la existencia de una comunidad ordinaria, cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación para su regulación de otra institución legal similar en efectos, lo que sucede en el que se enjuicia, donde cabe encuadrarlo en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil, ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó

un patrimonio comunal; a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho (S. de 4 de abril de 1991), pues se da concurrencia de actos constitutivos, creadores y permanentes, que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados.

No es aplicable por analogía el régimen catalán de separación de bienes.—Aun partiendo de que el artículo que apoya la argumentación sea el 7 de la Compilación de Cataluña, tampoco es de acogida, pues el precepto se refiere exclusivamente a los matrimonios, rigiendo el régimen de separación de bienes en defecto de pacto matrimonial, y si como se dejó expuesto, no resulta de fácil encaje analógico para aplicar a las uniones no matrimoniales, el régimen de gananciales, lo mismo sucede respecto al de separación de bienes, cuando no medió convenio o pacto alguno al respecto, al operarse en estos estados sobre las situaciones de hecho creadas en cada caso en particular, que incluso puede ser coexistente, pues la proyección patrimonial cabe se presente en los dos aspectos, como de cotitularidad respecto a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos, y como de separación respecto a aquéllos en los que no consta acreditada la concurrencia de voluntad como adquisitiva, que operarían como propios o exclusivamente privativos. (STS de 18 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La mujer había contraído matrimonio canónico en Vich, en 1956, separándose de hecho y obteniendo el divorcio en 1982; desde hace más de veinte años convivió con el recurrente en la ciudad de Málaga, lugar de su residencia, naciendo una hija de la unión en 1965, falsamente inscrita como matrimonial —aunque el tema no se debate—; ambos litigantes formaron hogar común y convivieron con apariencia de matrimonio en forma continua y persistente en la ciudadada malagueña, en donde el recurrente ejerció la profesión de agente comercial, representante y distribuidor de comestibles, y la actora si bien se dedicaba al hogar, prestaba su ayuda y colaboración a las actividades negociales del varón; fruto del esfuerzo de ambos, aparte de atender a las cargas familiares, fue la adquisición de un patrimonio constituido por dos viviendas, tres automóviles, ajuar doméstico, mobiliario, ropas y joyas; la convivencia familiar la rompió el recurrente en forma violenta el 14 de junio de 1983, procediendo a expulsar a la mujer y a la hija del hogar común, sin compensación económica alguna; la mujer demandó el reconocimiento de sus derechos sobre los bienes comunes, y abono de cinco millones de ptas., o alternativamente, a ser indemnizada en 22.210.000 ptas., correspondientes a la mitad del patrimonio de ambos, y en todo caso al pago de cuatro millones por daños y perjuicios. En 1.^a Instancia la demanda fue desestimada íntegramente; en

apelación se estimó en parte declarando que «la comunidad de bienes *sui generis* formada por actora y demandado quedó disuelta en 14 de junio de 1983, procediéndose a su liquidación en ejecución de sentencia con arreglo a un criterio de cuotas iguales, lo que una vez efectuado comportará que el demandado haga entrega a la actora de su parte, con otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas, sin haber lugar a los demás pedimentos de la demanda y sin hacer mención especial de las costas causadas en ambas instancias». Interpuesto recurso de casación por el varón, fue desestimado, siendo Ponente Villagómez Rodil.

COMENTARIO.—El fenómeno sociológico de la unión libre, concubinato o convivencia *more uxorio*, que en los últimos años llega con cierta frecuencia a los Tribunales, está recibiendo en las diversas instancias, soluciones pretorias que componen un abigarrado mosaico de variopintas fundamentaciones. No deja de sorprender la calificación que hace la sentencia extractada de una sociedad mercantil irregular existente entre los convivientes; cabe preguntarse si era colectiva, comanditaria, limitada o anónima, o si más bien había una relación de cuentas en participación; ¿actuaba la mujer ante los terceros como agente comercial careciendo de título? ¿era más bien una auxiliar o apoderada de su compañero? También es curioso que el varón pretendiera la aplicación analógica del régimen catalán de separación de bienes. No hay argumentación del motivo en la sentencia que he manejado, aunque puede barruntarse —en razón a sus apellidos— que ambos convivientes eran de origen catalán —la mujer se había casado en Vich—; la cita de la norma anteriormente vigente está equivocada —y ello puede deberse a la ignorancia del Derecho catalán en tierras del Sur—; tampoco se sabe si ambos litigantes perdieron su vecindad de origen, por residencia en Málaga superior a diez años; en todo caso, y no sin alguna contradicción interna, para rechazar el motivo se argumenta la dificultad de aplicar la analogía a estas situaciones de hecho. Habrá que esperar a que se presenten uniones de hecho entre catalanes o mallorquines, residentes en los respectivos territorios; sería razonable esperar que un pacto implícito o tácito de comunidad fuese más difícil de demostrar en aquellas situaciones.

Una afirmación *obiter* de esta sentencia (la posibilidad de aplicar el régimen de gananciales por pacto expreso) ha sido criticada con abundantes razones por TORRES LANA, *De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas, Aranzadi Civil*, 1993-II, p. 2407 ss., espec. p. 2416 ss. No parece haber fácil respuestas a interrogantes del siguiente tenor: ¿Serían aplicables las normas del llamado régimen primario y, en particular, la contenida en el pár. 2.º del art. 1.319? ¿Podrían aplicarse las reglas sobre administración y disposición? ¿Y las referidas a la responsabilidad inicial y final de

los gananciales (arts. 1.362 y 1.365 del Código)? ¿Es pensable la aplicación en un marco extramatrimonial del art. 1.373 CC? Con criterio más amplio, sin embargo, Rodrigo BERCOVITZ, *Las parejas de hecho, Aranzadi Civil*, 1992, p. 27, no dejaba de apuntar dudas al respecto: «La sociedad de gananciales, así como cualquier otro régimen económico matrimonial, se revela inadecuada para regular la vida patrimonial de la pareja de hecho, salvo si la misma lo ha pactado expresamente ¿Se extiende esta conclusión (por lo que se refiere al supuesto de pacto) a los efectos frente a terceros? Si la respuesta es positiva ¿en qué condiciones se producen esos efectos frente a terceros?».

El tema sigue abierto entre nosotros. La sentencia posterior del TS de 11 de diciembre de 1992 rechaza la existencia de una comunidad universal de ganancias entre los convivientes, pero otorga indemnización por injusto enriquecimiento. La S. del TS de 22 de julio de 1993, rechaza la aplicación por analogía del régimen de gananciales así como la doctrina de la sociedad civil irregular. La variedad es aún mayor si acudimos a la jurisprudencia de los Tribunales inferiores.

Probablemente la disparidad de soluciones es inevitable al seguirse el criterio de buscar soluciones de equidad que tengan en cuenta la enorme variedad de circunstancias de cada caso. Una regulación legal de la unión libre no deja de envolver una interna contradicción con la situación fáctica, caracterizada por la ausencia de régimen, de reglas y de vinculaciones; en todo caso, si se elige alguna fórmula, habrán de quedar fuera otras situaciones, y nuevamente surgirá el problema de la necesaria regulación de las situaciones al margen de la ley.

Un buen estudio de derecho comparado es el dirigido por Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe* (París 1989), con información relativa, además de a los comunitarios, a los países escandinavos, Suiza y países ex-comunistas. (G.G.C.).

28. Gananciales: Enajenación por marido de inmueble ganancial sin consentimiento de la mujer: Procede la anulabilidad por aplicación de los arts. 1.322.1 y 1.377.1 CC y no la rescisión ex art. 1.391.—El texto legal se refiere a la acción de nulidad del cónyuge que no haya prestado su consentimiento al acto de disposición efectuado por el otro, de forma que es el perjudicado que no dio su previa licencia o consentimiento el único que puede instar la ineficacia del acto, que es meramente anulable, pero que en lugar de ser convalidado o confirmado se solicitó en la demanda su anulación; es inaplicable el art. 1.391 por no darse el presupuesto fáctico que contempla, acto de un cónyuge en fraude de los derechos de su consorte al no haberse probado que la venta efectuada por el esposo fuese fraudulenta; no cabe hablar de acción rescisoria, que presupone un contrato váli-

damente celebrado, y sí, en cambio, concurre el supuesto de anulabilidad por defecto de consentimiento que invalida el contrato desde su origen.

Mala fe del comprador.—La entidad compradora no actuó de buena fe, pues tuvo pleno conocimiento de que la venta requería el consentimiento de la esposa del vendedor, por lo que no puede negarse a afrontar las consecuencias de que aquel consentimiento no se prestase.

Ausencia de fraude en la mujer: Art. 6.4 CC.—No concurre el supuesto del art. 6.4 CC, pues no se acreditó fraude alguno, ni se concretó cuál de los cónyuges supuestamente dio lugar a él mediante la concurrencia de la denominada por la doctrina norma de cobertura, que es aquella a que se acoge quien intenta el fraude, y cuál fue la norma que se trata de eludir, ni se averigua qué sumisión se llevó a cabo a una norma con el propósito de obtener un resultado contrario al conjunto del ordenamiento jurídico; hubo sencillamente un legítimo derecho que ejercitó la esposa contra quien, sabiendo que no medió su consentimiento para la venta, insiste en que ésta se cumpla, por lo que, en todo caso, como reconoce la S. de 17 de febrero de 1970, el ejercicio de una facultad legalmente reconocida no puede ser origen de un fraude legal; por ello, como en caso análogo declaró la S. de 15 de octubre de 1984, hay que estimar la demanda, dada la acción legal concedida a la mujer para la defensa de su derecho en el patrimonio ganancial, contra el acto anulable del marido, y, por tanto, ineficaz en perjuicio de aquélla.

Defectos procesales: Reconversión de un codemandado.—No es admisible que el marido codemandado deba contestar a la reconversión que propone la entidad adquirente del inmueble ganancial, debiendo rechazarse que de no verificarse dicho trámite se produzca indefensión.

Saneamiento por evicción: Improcedencia.—La entidad compradora, actual recurrente, se halla en poder y posesión del inmueble que le vendió su codemandado, y es obvio que no ha sido privado del mismo a virtud de sentencia firme, sin perjuicio de lo que en esta litis se resuelva; el motivo decae por cuanto el art. 1.480 CC establece que el saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de ella; se requerirá un nuevo juicio del comprador contra el vendedor partiendo de la existencia de una sentencia firme condenatoria para el comprador. (STS de 13 de mayo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Sentencia «pedagógica» que trata de aclarar el *thema decidendi* indebidamente enmarañado por la parte demandada; se trataba de la venta de un bien ganancial sin consentimiento uxorio, habiéndose probado que el comprador era consciente de su necesidad. Se pretende, en primer lugar, que se trata de un supuesto regido por el art. 1.391, con la consecuencia de ser rescindible y no anulable el contrato de compraventa; en segundo lugar, y quizá con

base en una lectura apresurada del último precepto citado, se alega actuación fraudulenta, se supone que de ambos cónyuges, aduciendo la rebeldía del marido en el proceso; por último, parece que la entidad compradora pretende ejercitar anticipadamente el saneamiento por evicción, y plantea una situación procesal un tanto kafkiana, ya que ejercita la reconvencción pretendiendo que su codemandado la conteste. La sentencia extractada (Pte. Santos Briz) razona acertadamente la desestimación de los motivos del recurso.

No parece que de la mera actitud de rebeldía del marido vendedor pueda inducirse sin más datos la existencia de un acuerdo fraudulento para engañar al comprador. Por un lado, tal actitud es habitual en casos análogos, y, por otro, está probado que la entidad compradora conocía la necesidad del consentimiento uxorio. En términos acaso simplistas, hay que decir que toda reconvencción supone un cambio de posiciones procesales, lo que no se produciría si se admitiera la interpuesta contra un codemandado. El pretendido ejercicio anticipado de la responsabilidad por evicción puede merecer alguna reflexión. He escrito en otra parte (*Comentarios Albaladejo XIX*, 2.^a ed., p. 299) que suele hablarse de dos períodos o fases diversas en esta materia, una de evicción latente o de amenaza de evicción, y otra de evicción consumada o perfeccionada. Toda la regulación de nuestro CC presupone la realización plena de la evicción, probablemente por lo incierto del resultado del juicio pendiente. Puede plantearse *de lege ferenda* la conveniencia de introducirla, entre otros supuestos, para el aquí recogido; militarían en su favor razones de economía procesal, aunque no dejarían de aparecer inconvenientes y perjuicios posibles. (*G.G.C.*)

29. Adjudicación de un crédito del marido a su esposa en capitulaciones matrimoniales, posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo. Aplicación del art. 1.317 CC.—La parte demandada no ha ejercitado acción rescisoria por fraude sino que se ha limitado a oponerse a la tercera argumentando que en las capitulaciones matrimoniales se pretendió eludir el pago de la indemnización por despido y, lo que es más esencial para la desestimación del motivo examinado, la Sala de instancia no se basó en que aquéllas fueran rescindibles por la razón expresada, sino fundamentalmente en lo previsto en el art. 1.317 CC, constando en la sentencia impugnada que ni la reconvencción existe ni este Tribunal tiene que pronunciarse sobre la nulidad, rescisión o simulación de las capitulaciones.

Contravención del art. 1.317 CC.—Independientemente de cuáles fueran los fines perseguidos al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, lo cierto es que se adjudicó a la esposa un crédito del marido —el posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo— y, al actuarse así se perjudicó al señor M., tanto si se entiende que era acreedor de la sociedad de gananciales (art. 1.362.3.º CC) como si lo era sólo del marido, y esto

contraviene el art. 1.317, por lo que ha de estarse a la situación anterior a la modificación del régimen económico matrimonial por las capitulaciones, en la cual el señor M. podía hacer efectivo, con cargo a la suma obtenida por el señor Molina como precio de la finca vendida, el importe de la indemnización que le correspondía por haber sido despedido —que su readmisión no iba a producirse era sabido por el señor Molina, dado que el despido se realizó precisamente porque el señor L. así lo exigió—; esta es la tesis de la Audiencia y no supone infracción alguna de los preceptos citados por la recurrente, sino que se ajusta a la doctrina jurisprudencial reflejada en la Sentencia de 25 de julio de 1987, entre otras. (STS de 21 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Doña María Josefa F., hoy recurrente, promovió una tercería de mejor derecho por haber sido embargado, en ejecución de la sentencia dictada, con fecha 6 de mayo de 1986, por la Magistratura de Trabajo de Córdoba por despido de don Clemente M., un derecho de crédito a dicha señora frente a don Antonio L. que derivaba del pago del precio aplazado por compraventa de una finca que había transmitido su marido, don Fernando Medina, en escritura pública otorgada el día 11 de diciembre de 1985, el cual crédito había sido adjudicado a la señora Franco en capitulaciones matrimoniales formalizadas con fecha 24 de enero de 1986; sobre esta base se sostiene en la demanda que el embargo no era procedente porque asiste a la actora un mejor derecho a cobrar los plazos aplazados y solicita que sea levantado.

El Juzgado desestimó la demanda de tercería. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación deducido a nombre de doña María Josefa F.

NOTA.—El TS considera, en esta sentencia, de nuevo aplicable el art. 1.317 CC, que protege eficazmente a los acreedores de uno de los cónyuges mediante la inoponibilidad del cambio del régimen económico matrimonial operado en capitulaciones matrimoniales, que les perjudica. Sobre esta cuestión, puede consultarse nuestro estudio «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», en este Anuario, 1994, pp. 168 y ss., con exhaustiva información jurisprudencial y doctrinal. (A.C.S.).

II. DERECHO MERCANTIL

30. Compraventa mercantil: Saneamiento por vicios: Doctrina general.—El C.com. contiene unos plazos más breves que el CC, en relación a las compraventas de esa naturaleza, a efectos de repetición contra el vendedor en razón de vicios, defectos de cantidad o calidad en las mercancías vendidas y entregadas; el art. 336 establece el plazo de cuatro días siguien-

tes al recibo de los géneros enfiardados o embalados cuando se trata de defectos de cantidad y calidad; y si los defectos son más internos y profundos, susceptibles de ser acogidos en lo que el C.com. denomina vicios internos, conforme al art. 342, es inexcusable presupuesto que la reclamación se efectúe dentro de los treinta días siguientes a la recepción de las mercaderías y el ejercicio de la acción en el plazo de los seis meses fijados en el art. 1.490 CC, tratándose de términos que tienen carácter de fijos e imperativos (SS de 21 de febrero de 1957, 24 de abril de 1958 y 20 de noviembre de 1991).

Doctrina jurisprudencial adecuando la norma a la realidad social.—

La jurisprudencia de esta Sala, en labor de adecuación de la norma a la realidad social de los tiempos actuales (art. 3.1 CC), ha ido más allá, flexibilizando la rigurosidad mercantil, en razón a la complejidad de las cosas que acceden al tráfico del comercio, sobre todo, dados sus complicados componentes internos, de difícil apreciación en cuanto a las defectuosidades determinativas de inadecuación o inidoneidad, si no se efectúan pertinentes y, a veces, difíciles comprobaciones técnicas, o que sólo afloran cuando la ineptitud surge en su función y operatividad industrial; así la inhabilidad total de los géneros vendidos no equivale con precisión a vicios internos, ya que supera su dimensión conceptual y trascendencia jurídicas, y su encuadre legal asimilativo ha de corresponder a los de entrega de cosa distinta, *aliud pro alio*, haciendo procedente la aplicación de los arts. 1.101 y 1.124 CC, al tratarse de efectivo incumplimiento por inutilidad de los objetos a los fines contratados, y no supuestos de vicios ocultos de la cosa vendida, subsumibles en los arts. 336 y 342 C.com. (SS. de 23 de marzo de 1982, 20 de octubre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 1 de marzo y 1 de octubre de 1991).

Régimen aplicable a la prestación meramente defectuosa.—En el presente caso no se trata de vicios de calidad constitutivos de prestaciones distintas o totalmente inhábiles en sus efectos terminales de procesamiento industrial y oferta al mercado, sino más bien de vicios determinantes de prestaciones defectuosas, dado que los géneros no fueron totalmente inútiles, por lo que no concurre plena insatisfacción comercial para la compradora.

Falta de prueba.—La sociedad recurrente debió realizar la actividad probatoria necesaria a fin de advenir la única reclamación que formuló a la empresa recurrida, sobre la inutilidad integral de las mercaderías de referencia, lo que no se llevó a cabo en forma alguna, pues resultó negativa la prueba de análisis de muestras de aquéllas solicitada al Laboratorio de Acondicionamiento y Docks de Sabadell, mientras que la prueba técnico-pericial a practicar por unos Laboratorios de Tarrasa, aceptada y acordada por el Juzgado, no fue aportada diligenciada por el Procurador de la recurrente, ni en primera instancia, ni en apelación pues era susceptible de ser unida al proceso como diligencia para mejor proveer vacío probatorio que constató y puso de relieve la sentencia que se combate, sin que tampoco

se procediera al depósito judicial de las mercancías que ordena el art. 2.127 LEC.

Abuso de derecho.—No se da concurrencia de abuso de derecho pues no se le puede imputar a la empresa vendedora el transcurso de los plazos de caducidad mercantil, cuando las normas están refiriéndose expresamente al comprador; al vendedor le asiste el derecho de percibir el importe de lo vendido una vez que pone las mercancías a disposición del adquirente y éste las acepta sin protesta (arts. 339 y 341 C.com.).

Buena fe y pasividad del comprador.—El principio de buena fe que informa toda la normativa comercial, no acoge las posturas de los compradores que disconformes con los envíos de géneros adquiridos, porque éstos no coinciden con los contratados o adolecen de vicios, defectos, malas calidades o se presentan irregulares o no aptos, adoptan una actitud pasiva que aparece clara y concurrente en el presente supuesto, ya que se retuvo la mercancía y fue aprovechada comercializándose, sin efectuar las necesarias reclamaciones ni las correspondientes acciones, siquiera por vía reconvenzional en el actual litigio a fin de interesar la ineficacia del contrato; pasividad que mantuvo persistente durante todo el pleito, pues no llegó a cumplimentar la prueba de la existencia real de los vicios, pese a contar con la correspondiente oportunidad procesal.

Tutela judicial: Art. 24 CE: Pasividad procesal.—Las pasividades continuadas y constatadas que mantuvo la recurrente, salvo una simple reclamación privada por carta, no suponen privación de tutela judicial, pues, al contrario, se la otorgó oportunamente, accediendo el Juzgado a la práctica de las pruebas propuestas para demostrar los vicios y defectos denunciados, sin que, a estas alturas, figuren en autos los informes periciales oportunos, y si únicamente las alegaciones de defensa, sin la corroboración que impone el art. 1.214 CC; tales pasividades no se acogen al amparo constitucional, pues la indefensión no viene impuesta, sino provocada y consentida por quien alega la falta de tutela judicial efectiva, ya que la entidad mercantil recurrente fue citada al juicio, compareció, contestó y pudo hacer uso de cuantas excepciones, defensas y medios de prueba fueran de procedencia como convenientes a sus derechos; es doctrina de esta Sala que lo que garantiza el principio constitucional del art. 24 CE es que en ningún supuesto se creen estados de denegación de justicia, sin que pueda ser base para convalidar situaciones desprovistas de prueba, como en el presente caso. (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Al reclamar el importe de una partida de fibra de poliésterfloc, el comprador alega la existencia de vicios ocultos por inhabilidad de la mercancía adquirida para la confección de telas. La demanda se estima en ambas instancias, y al rechazarse el recurso interpuesto por la entidad compradora, el TS aprovecha la ocasión para recordar su conocida doctrina del *aliud pro alio* que, en cualquier caso, declara inaplicable al caso por falta de prueba, ya que

se trata de prestación defectuosa. Resulta poco comprensible la pasividad del comprador, que acertadamente pone de relieve la sentencia extractada. Más bien que de pasividad, hay que hablar de mala fe pues sólo se hacen valer los defectos de la mercancía al reclamársele el precio. (*G.G.C.*)

31. Contrato de cuentas en participación. Contratos atípicos mercantiles. Principio de la autonomía de la voluntad. Arts. 1.255 CC y 257 y 243 del C.com.—En la sentencia de 2.^a instancia, la Audiencia afirma «estudiando con detenimiento el resultado de las pruebas practicadas, se llega a la conclusión de que no se ha acreditado la existencia de un contrato de cuentas en participación entre los litigantes “(...)” que no existen los suficientes justificantes contables, dado que se ha llevado a cabo una contabilidad-cálculo presupuestaria y no una contabilidad de gestión basada en datos justificados, sin que pueda determinarse que exista vestigio alguno de sociedad entre los litigantes, ni si ha habido o no entrega de dinero por parte del actor al demandado», por lo que aquél no ha probado los hechos constitutivos de su pretensión; y sabido es que cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticularla y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador (SS de 2 y 15 de febrero, 15 y 17 de marzo, 5 de junio, 7 de julio, 26 de septiembre y 16 de noviembre de 1989). El motivo examinado —violación por inaplicación de los arts. 1.255 CC, en relación con los arts. 57 y 239 del C.com., y la doctrina sentada en Sentencia de 24 de septiembre de 1987—, debe perecer, pues, aunque efectivamente, la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1987, recoge el principio de autonomía de la voluntad, como de perfecta aplicación a los contratos mercantiles, conforme a lo dispuesto en el art. 1.255 CC, y art. 2 del C.com., y, aunque parte de que en el caso estudiado existía una auténtica cuenta en participación, señala, a mayor abundamiento, que sentada la existencia de una colaboración o cooperación económica entre los contratantes, sus términos deben ser respetados y cumplidos según lo pactado, de acuerdo con las normas generales de la contratación, acudiendo para lo no previsto a la regulación propia de la figura más afín, naciendo la obligación de liquidar cuentas, no sólo del art. 243 del C.com. sino de cualquier pacto expreso, al que sería de aplicación lo preceptuado en el art. 57 del mismo. Pero en el caso que ahora nos ocupa se niega, tanto la existencia del aludido contrato, como la aportación de capital, pues ni siquiera los tres peritos economistas pudieron comprobar la entrega de dinero por parte del actor, ahora recurrente, al demandado. (**STS de 18 de mayo de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—Se formula demanda para solicitar el cumplimiento derivado de las obligaciones surgidas como consecuencia de un contrato de cuentas en participación entre los litigantes. Asimismo, se solicita la extinción de la referida relación contractual, a la que no se fijó una duración limitada, por haberse pactado en su día que la

avanzada edad o grave enfermedad de uno de los partícipes (padre de lo demandados) determinaría la extinción del negocio jurídico. Las sentencias de 1.^a y 2.^a instancia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo falló no estimando el recurso interpuesto por el demandante. (ML.V.A.).

32. Cooperativas de viviendas: Obligación del cooperativista de pagar el costo real.—Las viviendas de protección oficial son construidas en régimen de cooperativa para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y no para destinarlas al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico, de suerte que los propios cooperativistas se convierten en socios copromotores de la construcción de dichas viviendas y, como tales, vienen obligados a sufragar el costo real de la construcción de las mismas, según el art. 104 del Reglamento de Cooperativas de 16 de noviembre de 1978, que viene a responsabilizar a los socios del resultado de la gestión económica de la construcción, y según SS de 20 de febrero de 1989 y 6 de marzo de 1990, en las que se afirma que la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción son operaciones diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora.

Interpretación de los contratos: Revisión en casación.—La interpretación de los contratos, y de los negocios jurídicos en general, es función propia de los juzgadores de instancia, que puede ser sometida a revisión casacional cuando la labor hermenéutica por aquéllos realizada conduzca a exégesis desorbitadas, ilógicas o erróneas (SS de 17 de abril de 1989, 13 de marzo de 1990 y 18 de enero de 1991), supuesto que se da en el presente caso, pues lo que la Junta Rectora de la Cooperativa llamó «imputación final», según se desprende de la simple lectura de la misma, fue un estudio económico sobre los recursos propios y los gastos pendientes, en el que, además de incluirse conceptos contables de muy heterogénea naturaleza, se hizo una previsión de futuro para afrontar el costo de construcciones aún por realizar, pero no entrañaba una verdadera y propia «liquidación definitiva» de todos los gastos real y efectivamente hechos, una vez terminada la construcción de todas las viviendas, que permitiera hacer una exacta y definitiva distribución o derrama entre los diversos cooperativistas.

Imputación final: Nulidad del acuerdo de la Asamblea General extraordinaria.—Esta Sala en S. de 13 de junio de 1987 declaró nulo el acuerdo por el que la Asamblea General extraordinaria de 28 de junio de 1983, aprobó la referida «imputación final», cuya nulidad impide que la misma pueda ser utilizada para determinar si el demandante adeuda, o no, cantidad alguna por el costo de construcción de la vivienda que le había sido adjudicada y, en caso afirmativo, cuál sea el montante de la misma, lo que habrá de concretarse a través de la necesaria liquidación definitiva. (STS de 22 de mayo de 1992; ha lugar). (G.G.C.).

III. DERECHO PROCESAL

33. Principio de tutela judicial efectiva. Art. 24 de la Constitución.—El motivo denuncia como infringido el art. 24 de la Constitución. Tomando en vano su texto, sin cita alguna de precepto procesal infringido o de principio del proceso conculcado, expone que no se le ha proporcionado tutela judicial efectiva, cuando es evidente que la ha disfrutado si por disfrute se entiende haber acudido al Tribunal a recabar su supuesto derecho con base en cuantos hechos ha tenido por bien alegar. Que la sentencia no le sea favorable nada tiene que ver con la falta de tutela judicial efectiva, cuyo contenido (acceso al proceso, igualdad procesal, oportunidad de contradecir, sentencia fundada, recursos, etc.) se ha respetado.

Carácter resoluble de los contratos interpersonales.—Si lo que pretende es que en el orden jurisdiccional civil se otorgue a los arrendamientos de servicios la misma tutela legal que a los contratos laborales, debe recordarse que, según reiteradísima jurisprudencia (*vid.* Sentencias de 29-5-79, 19-2-84, 19-12-85, 22-3-88), los contratos interpersonales, sean mandato, comisión, agencia, hasta sociedad colectiva, son resolubles a petición de cualquier parte y si alguien entiende que la resolución le causa perjuicio deberá alegarlo y probarlo, así como invocar el pacto o la norma en que se apoya, pero nada de ello sucede en el caso de autos, puesto que las sentencias han declarado inexistentes las prestaciones cuyo abono reclama y nada se insta respecto a perjuicios por resolución arbitraria del contrato. (STS de 25 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Planteada una demanda de despido ante la jurisdicción laboral, ésta se declaró incompetente por tratarse de una relación jurídica de alta dirección y corresponder a la sazón al orden civil. Planteada nuevamente la cuestión en forma de reclamación civil, la sentencia hoy recurrida desestimó la demanda por no haber demostrado la prestación de los servicios que sirven de base a la reclamación de cantidad y, estimando la reconvencción, se le condenó a devolver lo percibido durante el litigio ante el orden social por idéntica razón de no haberse acreditado los servicios. Contra esta sentencia no ha pasado el trámite de admisión ningún motivo tendente a desvirtuar los hechos y, por tanto, permanece incólume la declaración de que ningún servicio que deba remunerarse se ha prestado, lo cual comporta la desestimación del único motivo planteado en casación por infracción de ley al amparo del núm. 5.º del artículo 1.692 de la LEC. (A.C.S.).

34. Documentos hábiles a efectos de verificación de la existencia de error en la apreciación de la prueba como motivo de casación.—«... tiene dicho esta Sala con reiteración que la denuncia del error en la apreciación de la prueba no permite realizar un nuevo examen y valoración de

las practicadas en el proceso, convirtiendo de esa forma el recurso de casación en una tercera instancia, sino que exige concretar el error denunciado a la par que la cita específica del documento que lo patentice, sin que sea lícito a tal fin ampararse en otras probanzas que no sean estrictamente documentales, ya que no cabe confundir documentos con pruebas documentales, debiendo entenderse incluidos entre aquéllos los que se mencionan en los arts. 1.216 y siguientes del Código Civil y 596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; asimismo, que los documentos a que se refiere el número 4.º del art. 1.692 son aquellos en que se constata un hecho, acto o negocio jurídico producido con independencia de las actuaciones judiciales a que ha sido incorporado como medio de prueba (Sentencias de 27 de marzo, 17 de julio y 15 de septiembre de 1985, 30 de abril de 1986, 23 de mayo y 15 de junio de 1987, 15 de enero y 5 de mayo de 1988, 23 de febrero y 7 de junio de 1991, entre otras)».

«... reiterada doctrina de esta Sala manifestada, entre otras, en Sentencias de 16 de marzo de 1987, 10 de octubre de 1988, 12 de febrero y 5 de marzo de 1990, afirma la falta de idoneidad de los documentos de carácter administrativo para fundar sobre ellos un error de hecho en la apreciación de la prueba...».

Exigencia de resolución administrativa previa para legitimar un derribo.—«... la no adecuación de la marquesina a las vigentes normas urbanísticas, no facultaba al Banco demandado para su demolición, no existiendo, como no existía una resolución administrativa previa que hubiese ordenado el derribo...».

Inidoneidad de las normas administrativas para fundar un recurso de casación al amparo del artículo 1.692.5 LEC.—«... es doctrina reiterada de esta Sala, Sentencias de 11 y 20 de febrero, 9 y 2 de junio y 30 de septiembre de 1991, entre las más modernas, que las normas idóneas para fundar sobre ellas un recurso de casación al amparo del número 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son las de naturaleza sustantiva en el sentido y con el contenido del número 1.º del art. 1 del Código Civil, no teniendo rango normativo apto las disposiciones de carácter administrativo como es el Plan General de Urbanismo de Madrid». (STS de 19 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Al realizar unas obras en determinados locales de su propiedad, el Banco Bilbao-Vizcaya derriba una marquesina. La Comunidad de propietarios demandante entiende que dicha marquesina es un elemento común, que ha sido demolida sin haberse obtenido la correspondiente autorización de la Junta de Propietarios y que por ello procede que el Banco reponga la marquesina e indemnice los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte la apelación de la Comunidad. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria. (R.G.S.).

35. Incongruencia procesal.—«Para apreciar la incongruencia como vicio de la sentencia no hay que comparar las acciones que deberían haber ejercitado los actores con la que efectivamente han puesto en práctica y que la sentencia acoge, sino los términos del suplico de la demanda con los de esta última.»

«... la incongruencia sólo puede ser alegada por la parte a quien perjudica la falta de pronunciamiento de la sentencia sobre una petición concreta, que es a quien la hizo».

Tensión formalismo-justicia material.—«... no es admisible ni tolerable que en los tiempos actuales meros formalismos dejen sin atender las justas pretensiones de resarcimiento formuladas por quienes han sufrido daños por la conducta ajena».

No cave recurso de casación contra los *obiter dicta*.—«Es reiterada la doctrina de esta Sala de que el recurso de casación no se da contra los *obiter dicta*.» (STS de 19 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El matrimonio comprador de dos inmuebles más determinados bienes muebles y enseres demanda al matrimonio vendedor el cumplimiento del contrato junto con la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Los demandados pidieron la absolución de la demanda y reconvinieron a fin de que se declarase que el contrato se había resuelto por incumplimiento. El Juzgado estimó esencialmente la demanda condenando a los vendedores al otorgamiento de escritura pública de venta y al pago de la indemnización amén de las costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente en el punto relativo a la condena en costas. Interponen los vendedores recurso de casación resultando no haber lugar. (R.G.S.).