

## II. SENTENCIAS

A cargo de: ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Colaboran: Esther ALGARRA PRATS  
Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Ignacio DIAZ DE LEZCANO  
Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ  
Regina GAYA SICILIA  
Carmen JEREZ DELGADO  
Gerardo LEON VILLAMAYOR  
Francisco LLEDO YAGÜE  
Inmaculada HERBOSA MARTINEZ  
Aurea RAMOS MAESTRE

## I. DERECHO CIVIL

### 1. PARTE GENERAL

**1. Renuncia de derechos: Requisitos.**— Conforme tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo (Ss. de 3 de marzo y 25 de abril de 1986, 11 de junio y 16 de octubre de 1987 y 7 de julio de 1988) la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

*No puede apreciarse renuncia a un derecho cuando el acuerdo afectado es susceptible de recurso y éste se ejercita.* No se puede considerar denunciante a quien recurre el acuerdo al que se pretende afectar con la renuncia, dado que todo acto de Renuncia para que tenga efectividad excluye toda condicionante, cual es, el sometimiento a recurso sobre lo acordado en relación con la indemnización establecida, pues en el ejercicio de ese recurso ya está proclamado que la situación de renuncia no produce efecto.

*Aplicación del artículo 6 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de creación del Consorcio de Compensación de Seguros y regulación del mismo, y su desarrollo en el artículo 8, párrafo 4.º de su Reglamento.* La aplicación de estos preceptos se limita al caso de que los daños emanan de haber sido alcanzados los bienes a que afectan, por la aguas desbordadas de los ríos, aun

cuando ese desbordamiento sea coincidente con lluvias extraordinarias, pero no, cuando los daños tienen su causa originaria, no en ese desbordamiento del río, sino de lluvias extraordinarias que le precedieron.

Esto es, no será de aplicación el artículo 8 del Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros —en cuanto a la consideración de daños ocasionados por inundación producida por la acción directa de las aguas de los ríos al salirse de sus cauces— cuando los daños tengan por causa determinante las lluvias torrenciales producidas con antelación al desbordamiento de río, aunque después el posterior desbordamiento del mismo incide en el incremento del daño ya producido por las referidas lluvias. (STS 9 de enero de 1992; no ha lugar) (I.H.M.).

2. *Aplicación general de las Disposiciones Transitorias 1 y 12 del Código Civil.*— Si bien es cierto que la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, de aplicación general a los supuestos regulados por el mismo, somete a la legislación anterior «los derechos nacidos, de hechos realizados bajo su régimen», también lo es que, la norma ya más específica en esta materia, a saber, la Disposición Transitoria Decimosegunda del mismo Código Civil, dispone que los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior, por lo que, del juego a que puede dar lugar la aplicación general de las Disposiciones Transitorias del Código Civil aparece ya con claridad que la norma a aplicar será la vigente en el momento en que se abrió la sucesión.

*Error en la apreciación de la prueba:* Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que la valoración de la prueba pericial, es función de los órganos de instancia, la que debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que las conclusiones por ellas obtenidas puedan ser impugnadas en casación.

*No constituye error en la apreciación de la prueba:* La finalidad de atacar la inclusión que la resolución remitida lleva a cabo de determinados bienes que por derecho de usufructo pertenecieron al causante, porque la Sala Sentenciadora llegó a tal conclusión una vez interpretadas las escrituras obrantes en autos, es una labor hermenéutica no atacable por la vía del error en la apreciación de la prueba, y sí únicamente por la del número quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se acredite que las conclusiones a que llegó la Audiencia son ilógicas o contrarias a la ley, debiendo en otro caso, prevalecer lo sentado por la misma, en ejercicio de una función primordialmente atribuida a los órganos de instancia, de interpretar los contratos y documentos de la sucesión hereditaria. (STS de 26 de febrero de 1992; no ha lugar) (I.H.M.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

3. *Proceso de incapacitación. Acto de iniciación. Legitimación activa.*— (...) La acción de incapacitación, cuyo ejercicio atribuye el artículo 203 del Código Civil en determinadas ocasiones al Ministerio Fiscal, a quien el citado precepto atribuye la obligación de promover la declaración de incapacidad cuando no existan o no la hubiesen solicitado el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del presunto incapaz, promovida mediante escrito

en el que se cumplen las exigencias que para las demandas impone el artículo 524, en cuanto consta de forma explícita tanto la clase de acción ejercitada como las personas contra quienes se ejercita, así como los hechos en que se basa la acción (...) y los preceptos jurídicos aplicables para la declaración de incapacidad solicitada, obvio es que no ha ocasionado indefensión en el demandado. (**Sentencia de 4 de octubre de 1991**; no ha lugar.)

**HECHOS.**— A instancia del Ministerio Fiscal se formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre declaración de incapacidad. El demandado suplicó fuera estimada la excepción de defecto formal en el modo de proponer la demanda y subsidiariamente la desestimación. El Juez de Primera Instancia, no estimando la excepción alegada, declaró la incapacidad del demandado. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. El demandado-recurrente interpuso recurso de casación alegando indefensión por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales. El recurso no es estimado por el Tribunal Supremo. (A.R.M.).

**4. Colisión entre derecho al honor, intimidad y propia imagen y ejercicio de la libertad de expresión e información: limitaciones y condiciones de protección de ambos derechos: orientaciones Jurisprudenciales.**— El límite o colisión entre el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, con el ejercicio de la libertad de expresión e información, que también goza del carácter de derecho fundamental, resulta imposible de fijar apriorísticamente, siendo sólo realizable en cada uno de los casos concretos sometidos a enjuiciamiento; lo que no impide tener en cuenta una serie de orientaciones jurisprudenciales, que clarifican y sirven para determinar el espacio jurídico que a cada uno corresponde. Sobre esta base, la sentencia recoge la doctrina jurisprudencial más relevante en esta materia (SSTS. 18 de julio y 16 de diciembre de 1988; 29 de abril y 1 de junio de 1989; 16 y 25 de junio de 1990; SSTC. 23 de noviembre de 1983; 16 de marzo de 1981; 12 de diciembre de 1986 y STDH. 8 de julio de 1978) y declara:

El honor es un derecho derivado de la dignidad humana, reconocido como fundamental en la Constitución Española, y amparado de ser escarnecido o humillado a través de la publicación de expresiones o hechos atribuidos a una persona, cuando la difamen o la hagan desmerecer en el concepto público; pero el honor no es un valor absoluto, permanente e inmutable, y su tutela efectiva puede aparecer en algunos casos restringida por ciertos condicionamientos, que provengan de las leyes, de los valores culturales o sociales de la comunidad en cada momento, y de un modo especial del propio concepto que cada persona tenga, respecto a sus particulares pautas de comportamiento. Del mismo modo, el honor y los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son derechos ilimitados, de tal manera que, en los supuestos de colisión entre los mismos, debe establecerse una graduación jerárquica según su importancia, teniendo en cuenta el elemento objetivo de la expresión que pueda difamar o hacer desmerecer en la consideración ajena, pero también cuidando de pensar en la finalidad, tal como resulta de una correcta interpretación del art. 8.1 de la Ley Orgánica, pues toda información

que pueda rozar la intimidad personal, no incurre en ilicitud, cuando corresponde al ejercicio de ciertos derechos sobre una base de hechos veraces.

En la posible colisión entre el derecho de información y el derecho al honor o a la intimidad, es necesario tener en cuenta en principio que ambos derechos se inspiran y reciben su fuerza legitimadora de dos fuentes diferentes, y en función de ello los límites del primero han de interpretarse restrictivamente, en la medida que ello no redunde en perjuicio de la libertad, que es el valor superior en el que se inspira el derecho de expresión e información; declaración que no empece ni contradice el contenido del art. 18.1 C.E., en cuanto los derechos allí reconocidos tienen también verdadero rango constitucional, y ofrecen la suficiente entidad como para que, precisamente a tenor del citado art. 20.4, tales derechos vengan a constituir un verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión, por lo que jamás podrá justificarse la atribución y difusión a una persona, identificada o identificable por su nombre y apellidos, de hechos que inexcusable y notoriamente la hagan desmerecer del aprecio público, y sean reprochables a todas luces.

El art. 20 C.E., en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reduciendo a formas huecas las instituciones representativas, y falseando el principio de la legitimidad democrática; por esta razón, a tal artículo se le reconoce una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales, apareciendo en él perfectamente diferenciadas la libertad de expresión, referida a pensamientos, ideas y opiniones, que abarcan incluso creencias, y el derecho a la información que comprende la libertad de transmitir y recibir comunicación veraz sobre hechos, que puedan denominarse como noticiosables en el común sentir social; de tal modo que esta comunicación informativa, que versa exclusivamente sobre hechos, contiene tal entidad específica que puede encerrar trascendencia pública, a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, constituyendo el sujeto primero de la libre información, y del derecho a recibirla, toda la colectividad y cada uno de sus miembros.

La sentencia declara también la vigencia y constitucionalidad del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, sumándose así a la reiterada jurisprudencia de la Sala en este sentido (entre ellas, la STS. 30 de septiembre de 1991, también en este número) (STS 4 de octubre de 1991, no ha lugar).

**HECHOS.**— Debido a un artículo periodístico publicado en un diario, en el que se denunciaba el funcionamiento de un servicio público, pero en el que se hacían también alusiones personales ofensivas, de menosprecio y vejación a la persona de la demandante, sin hacer mención directa de ella, pero siendo posible identificarla claramente por referencia a su profesión y cargo y por el juego de palabras en relación con su nombre, la actora interpuso demanda contra el autor del artículo, el director del periódico y la editorial.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, y su sentencia fue confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**5. Protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen: imposibilidad de fijar apriorísticamente los límites de la libertad de expresión y la intimidad. Ausencia de intromisión ilegítima: condiciones.**— Viene señalando esta Sala (SSTS., por ejemplo, de 19 de julio y 16 de diciembre de 1988 o 9 de enero de 1991) que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de expresión-intimidad, encuadrados en la categoría de los derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, huyendo, más que en ninguna otra materia, de excesivos formalismos que puedan impedir un conocimiento de la realidad.

Si falta la revelación de datos privados; si los mismos son públicos y notorios; si el conocimiento no se alcanza a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela; si no hay intromisión en el círculo íntimo de la persona; sino se afecta su reputación, buen nombre y dignidad humana; si toda campaña electoral se caracteriza por el apasionamiento a ultranza de los intervinientes; mal puede apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido y a los hechos no puede aplicársele el art. 7.º 4 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (STS 19 de febrero de 1991, ha lugar).

HECHOS.— Considerando el actor que había sido objeto de frases injuriosas vertidas contra él por el demandado en un mitin político, en el que además se leyó parte de un escrito dirigido por el actor al Juez de Paz, a través de la Alcaldía, ejercitó la acción de protección civil del honor, intimidad y propia imagen.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**6. Protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Ataque al honor: marco interno y externo. Responsabilidad civil de la Ley de Prensa e Imprenta.**— El ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada y de su familia, como en el externo o ámbito social y profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad (STS. 4 de enero de 1990).

El art. 65-2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 («La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores (...), con carácter solidario») —precepto que no tiene carácter sancionador o represivo, sino reparador— no debe entenderse derogado por la Constitución (SSTS. 19 de febrero de 1988 y 11 de diciembre de 1989) (STS de 30 de septiembre de 1991, ha lugar).

HECHOS.— Debido a un artículo publicado en un semanario y a las afirmaciones en él contenidas, atentatorias contra el honor del actor, tanto personal como profesionalmente, interpuso éste demanda contra el periodista, la editorial y su director.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a los demandados a publicar la sentencia en el medio y a indemnizar al actor;

en apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**7. Libertad de información y respeto al honor o a la intimidad de las personas. Doctrina constitucional. Derechos relativos con límites relativos; materias de opinión pública; requisito de veracidad.**— La sentencia parte de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la confrontación de la libertad de información con el respeto al honor o a la intimidad de las personas (SSTC. 21 de enero de 1988 y 6 de junio y 12 de noviembre de 1990) y declara:

a) Ya del art. 20, ap. 4 C.E. deriva de una manera concreta que la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I del texto constitucional, entre los que figura en el art. 18.1 la garantía del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Además el art. 20.1.d reconoce el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Derechos todos ellos que no pueden configurarse como absolutos, ni tampoco son absolutas las limitaciones a que han de someterse.

b) El ejercicio de los derechos de expresión e información ha de versar sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático; en consecuencia, la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta no se refiere a personalidades públicas; debilitándose, por consiguiente, la eficacia de tal protección en los supuestos de información sobre conductas privadas carentes de interés público.

c) Más cuando se persigue suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios de valor o evaluaciones personales y subjetivas, siendo en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos valorativos de los informativos. No puede limitarse la veracidad a recoger las declaraciones ajenas, aunque sea fielmente, en tanto tales declaraciones atacan al honor de otras personas, ni respecto de las cuales puede hablarse de «comprobar la veracidad de su conducta». Por otro lado, cabe admitir que se actúa con menosprecio de la veracidad comportándose de manera negligente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores sobre hechos de realización fantástica lesivos al honor ajeno (STS 1 de octubre de 1991, no ha lugar).

**HECHOS.**— A consecuencia de un reportaje periodístico publicado en una revista, considerando el actor que las afirmaciones que se hacen en el mencionado reportaje son difamatorias para su persona, pues, entre otras cosas, se le implicaba en un complot para asesinar a un político, interpuso demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el autor del artículo, el autor de las fotografías del reportaje, la editora de la publicación, su director y la entidad impresora.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a todos los demandados (solidariamente) con excepción de la

entidad impresora; la Audiencia Territorial confirmó la sentencia. No prospera el recurso de casación (que interpone únicamente la editorial) (E.A.P.).

**8. Protección del Derecho al Honor. Vía civil ordinaria y Jurisdicción Penal. Cargo público (alcalde): Indisponibilidad de la acción por parte del ofendido.**— Aun cuando la elección de la vía civil ordinaria es trascendente tratándose de posibles calumnias o injurias dirigidas a particulares, dado que al ser materia correspondiente a los denominados *delicta quasi privata*, si no se denuncian (art. 4.1 Ley 62/1978, de 26 de diciembre) o no se formula querrela (art. 467-III C.p.) no pueden perseguirse; cuando las mismas frases fueren dirigidas a la autoridad pública, Corporaciones o clases determinadas del Estado, la persecución puede (o debe, en su caso), ser ex officio, pues dichas conductas, caso de acreditar se han producido, podrán ser constitutivas de delitos propiamente dichos y, por ello, quedan fuera de la disponibilidad persecutoria (querrela, perdón de los particulares). Consecuencia de ello es que, denunciados o no los hechos, y ejercitada o no la procedente querrela, si el presupuesto fáctico ofrece en principio matices o presunciones de un determinado tipo de los descritos en el Título X del Libro II del Código penal bajo el epígrafe «De los delitos contra el honor», y especialmente en su art. 467-III, en relación con el Capítulo VIII del Libro II del mismo texto punitivo, ni es renunciable ni susceptible del ejercicio de acciones exclusivamente civiles por parte de quien se sienta ofendido, según doctrina de esta Sala (SSTS. 7 y 23 de febrero, 17 de marzo y 14 de julio de 1989). (STS 4 de octubre de 1991, ha lugar).

**HECHOS.**— Al actor, alcalde de su localidad, se le imputaron a través de la prensa regional actuaciones tales como la utilización para uso personal de bienes municipales (vehículos del Ayuntamiento) y el recurso a funcionarios para la construcción o rehabilitación de una cabaña de su propiedad, y considerando que las manifestaciones publicadas en los diarios eran atentatorias a su honor e imagen, ejercitó contra los autores de la noticia la acción de resarcimiento de daños morales en defensa del honor, fundada en el art. 1.902 C.c., declarando optar por el cauce del procedimiento ordinario (art. 9.1 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección de los derechos fundamentales del honor y la intimidad de las personas).

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación.

**NOTA.**— Es el propio alcalde quien en los motivos del recurso alega que no es dable a la jurisdicción civil el conocimiento de intromisiones que por ser constitutivas de delito están atribuidas a la jurisdicción penal, cuando fue el propio actor-recurrente quien optó por el marco jurisdiccional de la vía civil ordinaria. Por este motivo, declara la sentencia que la Sala «no puede por menos que reprochar la conducta de quien habiendo optado desde un principio por los cauces de un proceso civil, cuando ve que sus pretensiones han fracasado en primera y segunda

instancia, acude a la vía que debió seguir desde un principio, ya que aun cuando amparado en la legalidad, es lo cierto que lo hecho bordea los límites del fraude procesal y produce un retraso considerable en la administración de justicia, en cuanto ha de declararse la nulidad de lo actuado y remitir las actuaciones a la jurisdicción penal a los pertinentes efectos». Ello no obstante, en base a la doctrina expuesta, se reconoce en la sentencia que la vía procesal penal es la legalmente adecuada, y por eso prospera el recurso de casación, decretándose la nulidad de lo actuado y remitiéndose a la jurisdicción penal para el conocimiento de las presuntas responsabilidades de esta índole (E.A.P.).

**9. Conflicto entre libertad de expresión y Derecho al honor. Límites a la libertad de expresión. Responsabilidad solidaria de autores, directores y editores.**— Para resolver la cuestión planteada ha de partirse del criterio ya consolidado por un gran cuerpo de sentencias de que el derecho a la información contribuye a la formación de la opinión pública libre, garantía del pluralismo, base del sistema democrático, pero que en todo caso para gozar de la protección constitucional, la información ha de ser veraz. Es cierto que la libertad de expresión tiene por objeto la emisión de juicios y opiniones, como ha dicho reiteradamente esta Sala (SSTS. 29 de abril de 1989, 25 de junio de 1990, etc.), pero no puede apoyarse en dicha libertad el acoso personal directo, con indicación de nombres y apellidos (...), atribuyendo gratuitamente hechos que hacen desmerecer en el público aprecio y que no se justifican por la libertad de expresión.

Esta Sala ha utilizado el argumento de que la creación del riesgo en sociedades dedicadas a la prensa, el beneficio que de los periódicos obtiene y la culpa *in eligendo e in vigilando* de los textos publicados, permite afirmar que cuando un sujeto individual de aquélla realiza un hecho o una información que causa daño se produce la aplicación del art. 1.903 C.c. (Pero porque el autor del artículo periodístico sea colaborador —no dependiente—) no se puede exonerar a la empresa editora del periódico, porque el fundamento de la condena está directamente conectado con el simple art. 65 de la Ley de Prensa y no por el juego del art. 1.903 C.c. (STS 25 de octubre de 1991, no ha lugar).

**HECHOS.**— Debido a la publicación de unos artículos en la prensa, en los que se divulgaban informaciones difamatorias, carentes de justificación y contrarias a la verdad, la actora ejerció la acción de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, demandando a la periodista autora de las publicaciones, al periódico en la persona de su director y a la editorial.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero condenando únicamente al autor de los artículos; la Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal, revocó parcialmente la sentencia, en el sentido de ampliar la responsabilidad al director del diario y a la editorial, a quienes condena solidariamente con el periodista a publicar a su costa la sentencia y a indemnizar a la demandante. No prospera el recurso de casación.

NOTA.— La sentencia, sumándose a la reiterada afirmación del Supremo sobre este punto, declara la constitucionalidad del art. 65.2 de la Ley de Prensa de 1966, conforme al cual existe responsabilidad solidaria entre autores, directores y editores, haciendo constar que el precepto no ha sido derogado por la Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> de nuestra Carta Magna (E.A.P.).

**10. Concesión de títulos nobiliarios.**— La concesión obedece, en la mayoría de los casos, al reconocimiento de los méritos de una persona concreta. En el derecho de los sucesores al mismo se tiene en cuenta el linaje y progénesis cuando, como es el caso de autos, fue sucesores en «vuestra casa» viniendo así a ser un derecho derivado, al margen de si concurren méritos personales reconocidos o no, en los sucesores que los ostentan.

El orden de suceder lo determina el título mismo, o en su defecto lo que se ha seguido tradicionalmente en la materia, al haberse derogado el Decreto de 4 de junio de 1948, el art. 4 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, que se remitía al orden de suceder en la Corona, siendo aplicable en todo caso la legislación histórica, por lo que la concesión administrativa de referencia no puede variar el orden sucesorio, conforme a lo expuesto y no ha de ser reputada definitiva. Lo que sí vincula son las mercedes nobiliarias y así se recoge en la ley de 27 de septiembre de 1820, en relación a la referida Real Cédula de 29 de abril de 1804, al mantener la subsistencia de dichas prerrogativas honoríficas, con sujeción al proceso sucesorio dispuesto en el documento de su fundación.

En otro orden de consideraciones en el caso de autos el plazo de los cuarenta años no se ha cumplido, toda vez que el disfrute del título a cargo del recurrente deriva de la concesión administrativa otorgada el 7 de julio de 1950 y la demanda rectora del proceso fue presentada el 3 de octubre de 1986, plazo de los cuarenta años ha de referirse necesariamente a quien usa y ostenta el título y con el transcurso de dicho tiempo consolida el hecho en derecho.

Ya que no puede haber usucapión sin prescripción extintiva del Derecho y ejercitado éste, antes del transcurso de los cuarenta años, la extinción no se ha verificado conformándose así la propia naturaleza del Derecho nobiliario que rectamente entendido posibilita el reintegro de las mercedes honoríficas al orden preferencial correspondiente (STS 21 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El recurso de casación promovido no contiene otra finalidad de que se mantenga al interesado en su derecho a poseer, usar y ostentar el título en discordia a lo que la sentencia de la instancia no accedió. Para combatir dicha Resolución decisoria se argumenta que el título que ostenta el recurrente cuenta con la legitimación y legalidad precisa, en cuanto le fue concedida por el anterior jefe del Estado, a fin de evitar que la dignidad quedara vacante y conforme lo establecido en el artículo primero de la ley de 4 de mayo de 1948 que vino a restablecer la legalidad vigente hasta el 14 de abril de 1931 en materia de Derecho nobiliario y en consecuencia la Real Cédula de 29 de abril de 1804, dictada por el Rey Carlos IV (ley del título I, libro IV de la Novísima Recopilación). El motivo sin embargo no puede acogerse en cuanto que el título discutido devino a favor del recurrente únicamente por Carta de

Sucesión que responde a un acto de naturaleza administrativa y fue otorgada en todo caso sin perjuicio de tercero de mejor derecho; es decir que carece de eficacia plena y por lo que resulta factible su impugnación por quien legítimamente se crea y acredite ostentar mejor derecho al mismo (F.L.L.Y.).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

11. **Inecesariedad de la prueba de la simulación por quien la alega cuando ésta se extrae de los hechos acreditados en autos.**— En virtud de las circunstancias del caso, se establece la convicción del órgano «*a quo*» sobre la simulación del referido contrato y la inexistencia del precio, en atención precisamente a que, aunque la simulación tiene que probarla quien la sostiene, la dificultad que entraña la materia ha hecho que junto a los elementos de prueba directa, se admite la indirecta, basándola en presunciones; y de todas las circunstancias concurrentes extrae como conclusión lógica de significación inequívoca, que no hubo tal precio y, en consecuencia, tal contrato de compraventa.

El artículo 1.214 del Código civil por su carácter general no puede en principio servir de soporte a un recurso de casación, porque el Tribunal de instancia puede obtener su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de quien las haya proporcionado al juzgador. El mencionado artículo no contiene norma alguna sobre la valoración de la prueba, sino que simplemente regula la distribución de su carga en el recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenga la carga de la misma, si bien ese «*onus probandi*» se torna innecesario respecto de los hechos que aparecen acreditados y para ello no importa ya precisar si las ha aportado el actor o el demandado, pudiendo valorar los órganos jurisdiccionales la prueba existente, tomando en cuenta para ello cuantos datos obren en autos.

La infracción de este artículo sólo puede ser invocada en los casos de ausencia de prueba sobre un hecho concreto, pero no cuando la Sala de instancia considera probado en su sentencia el hecho en cuestión, pues entonces resulta indiferente e inoperante la mencionada regla distributiva.

**El negocio disimulado no puede ser apreciado de oficio. Excepciones: orden público y perjuicio de tercero.**— De manera solapada, parece que los recurrentes, que sostienen desde el primer momento, la existencia una auténtica compraventa, deslizan a título de hipótesis la posibilidad de que el conde mandado-sobrino figurado comprador del inmueble, sea beneficiario del bien, si no por título de compraventa, al menos por título de donación y que, por consiguiente, se aplique la doctrina jurisprudencial que establece que cuando el negocio jurídico simulado descansa sobre otra causa lícita y verdadera, el negocio jurídico disimulado despliega sus consecuencias. Más debe decirse que no es hacedero formular peticiones supuestas o hipotéticas, salvo que conste que éstas son compatibles, bien porque principalmente lo sean (lo que no ocurre en el caso presente, pues un negocio jurídico no puede ser al mismo tiempo compraventa o donación), bien porque subsidiariamente así se haya solicitado y, subordinada una petición a la desestimación de la otra, sean

compatibles. Si no es así, el órgano jurisdiccional carece de poder para determinar una atribución negocial de oficio en razón de las exigencias del principio dispositivo; sólo cuando el negocio jurídico disimulado deba surtir sus efectos por razones de orden público o para impedir perjuicios a terceros, cabría ponderando las circunstancias, dejar sentir «*ex officio*» estos efectos. Sin embargo, si el negocio jurídico en cuestión no es reconocido ni siquiera de forma subsidiaria y solicitada la atribución de sus efectos, mal puede el juzgador suplir la voluntad no expresamente manifestada de la parte a quien tal negocio disimulado habría de beneficiar. (STS 11 de febrero de 1992).

HECHOS.— Un sobrino del causante celebra con éste un contrato de compraventa en virtud del cual aquél le entrega un inmueble de su propiedad, sin recibir precio alguno. Una vez fallecido el *de cuius* y abierta la sucesión, uno de sus legitimarios interpone demanda solicitando que se declare nula dicha compraventa por carecer de los requisitos esenciales para su validez. El demandado sostiene la validez del negocio.

El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda y, apelada la sentencia, la Audiencia declara la nulidad de la compraventa. El demandado interpone recurso de casación en el que a pesar de seguir sosteniendo la validez de dicho contrato deja entrever al Tribunal la posibilidad, simple hipótesis, de que se trate de una donación. El Tribunal Supremo declara HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso en cuanto al motivo discutido de error en la apreciación de la fecha de la muerte del causante. Todos los restantes motivos son desestimados. (G.D-P.G).

**12. Doctrina del enriquecimiento injusto. Requisitos.**— En lo que atañe a la doctrina jurisprudencial que define y regula la forma extraordinaria de resarcimiento cuando se ha producido un enriquecimiento sin causa, conviene puntualizar que, entre los requisitos exigidos, figura la existencia de un desplazamiento patrimonial directo e indebido, que conexas inequívocamente los dos patrimonios, el supuestamente enriquecido de una de las partes y el empobrecido de la otra, pero nunca a través de terceras personas extrañas a este desequilibrio económico; supuesto que no concurre en el caso de autos, en donde las relaciones comerciales se efectúan a través de «Botchilleria, S. A.» (sentencias 30-3-1988; 22-5-1989, y 5-3-1991). Del mismo modo tampoco concurren las otras circunstancias: de ausencia de causa que justifique el enriquecimiento, y de inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio que comentamos, ya que se trata del cumplimiento de unas relaciones contractuales perfectamente definidas y reguladas por la ley (Sentencia de 22 de octubre de 1991; ha lugar).

NOTA.— Sobre los requisitos que han de concurrir para que se aplique la doctrina del enriquecimiento injusto, con adecuado análisis de la jurisprudencia, DIEZ-PICAZO y DE LA CAMARA, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1988; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 1993, págs. 89 y sigs. (A.C.S.).

13. *Incongruencia de sentencia.*— La incongruencia, con proyección constitucional, sólo tiene consistencia cuando las sentencias que se reputan adolecen de dicho vicio procesal por alterar de modo decisivo los términos en los que se desarrolló la controversia judicial, sustrayendo a las partes el verdadero debate y ocasionando un fallo no ajustado a las recíprocas pretensiones, oportuna y debidamente alegadas, ya que los órganos judiciales civiles, en sus decisiones han de atenerse a lo sustancialmente peticionado, aunque sin sometimiento estricto y rígido a sus literalidades (Sentencias de 19 de enero de 1984, 28 de enero y 30 de abril de 1991).

*Principio del enriquecimiento injusto.*— (...) el enriquecimiento injusto, carente de la adecuada y necesaria regulación legal puntualizada, ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 12 de enero de 1943 y 1 de diciembre de 1980), tanto como principio general de derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, por ser institución jurídica primordial y al que hacen referencia diversos preceptos positivos, aunque de forma inconexa. Fundamentalmente viene a operar en aquellas relaciones en las que se da carencia de causa o justificación, produciendo el enriquecimiento de una parte que necesariamente no ha de proceder de medios reprobados o de mala fe, bastando que se ocasione unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que los apoye o advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidades en la otra parte afectada.

*Cuestión nueva.*— Las cuestiones nuevas no contempladas en la litis en la forma concreta y precisa, como se lleva a cabo en este trámite, no tienen acogida en casación, pues su apreciación comportaría una clara indefensión para la otra parte, al privársele de la oportunidad procesal de formular alegaciones y pruebas pertinentes en adveración de sus derechos (Sentencias de 27 de junio de 1987, 15 de febrero, 16 de marzo y 17 de octubre de 1988 y 23 y 30 de mayo de 1990).

*Caducidad de la acción retractual.*— Las sentencias de esta Sala que se reseñan en el motivo han sido superadas por otras más recientes que exigen que el retrayente no sólo tenga conocimiento de que la venta se ha efectuado e incluso de la identificación de los adquirentes, sino que su saber al respecto ha de abarcar los detalles completos, precisos y exactos de la transmisión, tanto esenciales como no esenciales (Sentencia de 20 de mayo de 1981). (STS de 6 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— El esposo de la actora formalizó en su día un contrato verbal de arrendamiento rústico. Posteriormente por fallecimiento del mismo y de la arrendadora, se subrogaron en las posiciones de ambos sus respectivos cónyuges. De esta forma la demandante se convirtió en arrendataria del contrato suscrito por su esposo, en virtud del cual continuó pagando el precio del arriendo al arrendador por subrogación. En esta situación, es sorprendida por el requerimiento notarial que le formula M.N.G. en el que se le manifiesta que las fincas objeto de arrendamiento son de propiedad del requirente y no del arrendador subrogado, lo que la actora confirma a través de la correspondiente cer-

tificación registral. La venta se realizó estando vigente el contrato de arrendamiento formalizado por el esposo de la demandante, sin notificarles fehacientemente este propósito de enajenar, privando al arrendatario de la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo. La actora por medio de la demanda ejercita el derecho de retracto contra M.N.G. y su esposa. El Juez de Primera Instancia declara haber lugar al retracto, condenando a los demandados a otorgar, a costa de la retrayente, escritura de retroventa. En grado de apelación, la Audiencia Territorial de Cáceres desestima el recurso y confirma la sentencia anterior. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (A.R.M.).

**14. Negocio sometido a condición: su calificación corresponde a los Tribunales de Instancia.**— «La determinación de si un negocio jurídico está o no sujeto a condición —suspensiva o resolutoria— es facultad que corresponde a los tribunales y por ser cuestión que exige el estudio del contrato u obligación en cuestión, su calificación ha de prevalecer, a menos de implicar un error no de hecho sino valorativo de los preceptos reguladores de la materia».

**Condición suspensiva: efectos según la situación en que lo conditio se encuentre.**— «Las condiciones suspensivas durante la fase o período del pendet, aunque la obligación en realidad ya ha nacido no produce la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual, es lo cierto, que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos evitando, en la medida de lo posible, que en tanto lo conditio se cumple pueda verse perjudicado en sus intereses, consecuencia de lo cual es que cumplida la conditio, el contrato, negocio jurídico u obligación a ella sometido, no solamente adquieran estos su plenitud, sino que además y por virtud de lo prevenido en el art. 1.114 en relación con los 1.113-I y 1.120-I, inciso primero, CC, esos plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, negocio jurídico u obligación. (Ss. de 23 de mayo de 1927; 21 de junio de 1932; 18 de diciembre de 1985 y 30 de junio de 1986, siendo también interesante para la retroactividad la de 3 de junio de 1902)».

**Documento privado: Puede tener efecto frente a terceros fruto de la valoración conjunta de la prueba.**— Puede acudir a otros medios probatorios para acreditar su autenticidad: «... esto se traduce, en que cuando ello acontezca el documento privado pueda tener efecto contra terceros (sentencias de 10 de enero de 1929, 21 de junio de 1945, 10 de junio de 1951, 20 de diciembre de 1956, 24 de abril de 1962, 17 de mayo de 1974, 12 de junio de 1986, 27 de enero de 1987 y argumentalmente, la de 11 de mayo de 1987)». (STS 6 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Como garantía del impago de un efecto que el actor avala, éste compra un inmueble (que luego resultó embargado), mediante un contrato con una cláusula del siguiente tenor: «La venta entrará en función en el momento en que la letra aparezca impagada y se le reclame al comprador». Posteriormente el actor entabla una tercera de

dominio contra el ejecutante del inmueble, el cual había anotado la traba con anterioridad a que el contrato antes citado fuese elevado a escritura pública. (G.L.V.).

**15. Contrato de Opción. Naturaleza.**— El contrato de opción de compra tiene la naturaleza jurídica de un derecho real de adquisición, con el efecto de que el beneficiario del mismo pueda exigir de cualquier persona que sea titular de la finca que le transmita ésta o el derecho objeto de la opción. Por tanto, el derecho de opción influye sobre el «ius disponendi» de la finca, al imponer a su titular la obligación de hacer un acto futuro y personal que no pierde eficacia por haber pasado la finca a un tercero, pues una vez estipulada la opción, afecta como derecho real tanto al concedente como al titular actual de la finca objeto de la opción.

**Donación del objeto de la opción. Litisconsorcio pasivo necesario.**— Al producirse la donación de una finca objeto de opción por el inicialmente demandado a un donatario no demandado, se pone de manifiesto, la falta de legitimación pasiva necesaria, situación que puede ser apreciada por el Tribunal tanto de oficio como a instancia de parte, como reflejan las siguientes sentencias de 17 de mayo y 10 de octubre de 1983; 14 de enero, 22 y 25 de junio y 3 de diciembre de 1984; 30 de marzo de 1985; 22 de junio de 1987 y 23 de enero, 6 de junio y 26 de octubre de 1988. (STS de 26 de septiembre de 1991. No ha lugar).

**HECHOS.**— Celebrado un contrato privado de opción de compra, el concedente realiza con posterioridad a dicho contrato la donación de la finca objeto de la opción a favor de su hija.

Se sigue juicio en Primera Instancia, sin que el donatario sea demandado (I.D.L.).

**16. Arras confirmatorias o arras penitenciales: interpretación contractual.**— Claramente se desprende del contenido del contrato la intención de obligarse a formalizar el futuro contrato de compraventa una vez que se haya otorgado por quien ha de ser vendedor la oportuna escritura de inventario, aceptación de herencia y expediente de solicitud de mayor cabida de la finca matriz, al pertenecer por herencia de su difunta madre. Así, tanto del tenor literal del documento, como de la clara intención de las partes (medios preferentes de interpretación contractual según el art. 1.281 del Código civil), se deduce que si no otorgaron en ese momento el contrato de compraventa definitivo, no fue más que por defectos de titulación en el vendedor, por lo que configuraron una promesa irrevocable de compraventa, lo que corrobora el posterior otorgamiento de un poder a favor del adquirente para proceder al vallado del terreno.

Además, dado el carácter excepcional de las arras penitenciales, que son las integradas en el art. 1.454 del Código civil, éstas han de constar de modo claro y expreso. En consecuencia, han de ser interpretadas en sentido estricto, debiendo entenderse, en caso contrario, que se trata de arras confirmatorias y, en consecuencia, que constituyen un anticipo del precio que sirve para confirmar el contrato celebrado. (STS 6 de febrero de 1992).

**HECHOS.**— Mediante escritura privada los contratantes acordaron realizar un futuro contrato de compraventa de un inmueble propiedad del vendedor, ya que en aquel momento no podían formalizarlo dado que el vendedor debía primero aceptar la herencia a la que el inmueble pertenecía. En este acuerdo el comprador entrega al vendedor parte del precio pactado. Ante la negativa posterior del vendedor a formalizar el contrato de compraventa, el comprador interpone demanda reclamando el cumplimiento del contrato de compraventa así como el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, al entender que se trata de una promesa de venta con arras confirmatorias. El vendedor, por su parte, alega que el negocio celebrado es tan sólo un precontrato con arras penitenciales y que, por consiguiente, está legitimado para rescindir el contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara haber lugar al cumplimiento del contrato. Apelada la sentencia, se desestima y recurrida en casación el Tribunal Supremo declara **NO HABER LUGAR** al recurso. (G.D-P.G.).

**17. Cláusula Penal. Concurrencia con la indemnización de daños y perjuicios: Compatibilidad, incompatibilidad y preferencia.**— Aunque se estipule la dualidad indemnizatoria, es decir, por vía de daños y perjuicios y por vía de cláusula penal, su exigencia conjunta es incompatible salvo en el caso que así se pacte expresamente. La cláusula penal sustituye a la indemnización por daños y perjuicios. Por otra parte, al ser la cláusula penal una excepción al régimen normal de las obligaciones, su interpretación será restrictiva. Si concurren ambas estipulaciones, por un lado, indemnización de daños y perjuicios, y por otro, la cláusula penal, la preferencia entre una u otra no puede establecerse sino por vía de la interpretación contractual; y según los artículos 1.281 pf. 2.º, 1.285 y 1.282 del Código civil habrá que estar a los actos propios y posteriores. En el presente caso, la preferencia se observa a favor de la indemnización de daños y perjuicios, pues en el requerimiento notarial que exige el artículo 1.504 C.c., el recurrente prescinde de dicha cláusula penal, al igual que en la demanda de reconvencción se limita a la indemnización de daños y perjuicios, cuya compatibilidad con la cláusula penal, como señalamos antes, no es admitida; así, sentencias de 13 y 27 de diciembre de 1980; 16 de junio y 3 de noviembre de 1981; y 17 de marzo de 1986. Petición, que además sería nueva, lo que es inadmisibile en casación. (STS de 27 de diciembre de 1991. No ha lugar).

**HECHOS.**— Con fecha 10 de julio de 1984 se celebra un contrato privado de compraventa que contiene entre otras las siguientes estipulaciones: por un lado, la cláusula 3.ª establece una condición resolutoria y cláusula penal para el caso de falta de pago de cualquier plazo; y por otro, la cláusula 7.ª fija una condición resolutoria para el incumplimiento de cualquier obligación, pero remitiéndose sólo a «la indemnización de daños y perjuicios ocasionados, incluso honorarios de Letrado y Procurador» (I.D.L.).

**18. Novación extintiva. Requisitos.**— Según criterio reiterado de esta Sala, se exige para que haya novación extintiva: una obligación preexistente,

la creación de otra nueva, la disparidad entre una y otra, y la voluntad de llevar a cabo la sustitución o «animus novandi». Poniendo de manifiesto la necesidad imprescindible de la existencia y subsistencia de la primitiva obligación, pues de lo contrario no podría haber una novación extintiva. (Sentencia de 14 de abril de 1980).

**Novación tácita: La regla de la incompatibilidad.**— De acuerdo con la sentencia de 10 de julio de 1986, y en base al artículo 1.204 del Código civil, la novación en sentido propio con finalidad de extinguir una obligación anterior por otra posterior, no sólo se produce cuando hay una manifestación expresa en tal sentido, sino también, cuando existe una incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias; como ocurre al establecerse una «stipulatio novatoria» a través de un reconocimiento de deuda con clara alteración de los elementos estructurales de la primitiva obligación, creando un nuevo resultado al fijar un nuevo precio. (STS de 23 de enero de 1992. No ha lugar).

**HECHOS.**— La recurrente, Cooperativa de Viviendas «Raimundo de Borgoña», reclama a dos cooperativistas la cantidad que proporcionalmente les corresponde en un crédito que la Caja de Ahorros tenía contra dicha cooperativa, según se acordó con fecha 8 de septiembre de 1982, sin que este acuerdo fuera impugnado. En escritura pública de 29 de diciembre de 1984, los comparecientes, litigantes en el pleito, y bajo la rúbrica general de «Reconocimiento de Deuda», establecen que el precio aplazado queda fijado en una cantidad inferior y distinta de la que deriva del acuerdo de 1982.

La sentencia en segunda instancia establece que tales manifestaciones suponen una auténtica novación (I.D.L.).

19. **Usura.**— Tanto el espíritu como la letra de la Ley de 23 de julio de 1908 conceden libertad al Juzgador para obtener su propia convicción que no permita, por sujeción a una prueba tasada, la subsistencia de un préstamo usurario, pero que también impida que pueda tildarse de haber incurrido en ese vicio a quien actuó dentro de los límites impuestos por la Moral y el Derecho, debiendo proceder los Tribunales de instancia con carácter más práctico que estrictamente jurídico (Ss. de 7 de marzo de 1986, 24 de mayo de 1988 y 4 de julio de 1989), y si bien es verdad que en los recursos que versan sobre aplicación de la Ley de Usura puede entrar el T. Supremo en el estudio y análisis de la prueba practicada en el pleito toda vez que el juicio que haya formado el Tribunal de instancia es siempre respetable pero no intangible, también es cierto que, para no convertir la casación en una tercera instancia debe aceptar esta Sala los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida y sustentadores de la convicción del juzgador, en tanto ésta y aquellos no resulten en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales.

**Contrato complejo.**— Para calificar de usurario al préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato, por ser en el que otorgándose el consentimiento, puede estimarse si éste estaba o no viciado. Lo que ocurre es que cuando nos encontramos ante un contrato complejo cuya naturaleza

excede el de préstamo, en el que han de tomarse en consideración tanto los actos anteriores, como los coetáneos y posteriores al contrato privado se rebasa el ámbito de la ley de 23 de julio de 1908. (STS de 30 de septiembre de 1991; no ha lugar) (I.H.M.).

**20. Responsabilidad profesional del abogado. Arrendamiento de servicios. Invocación de los artículos 53, 54 y 102 del Estatuto General de la Abogacía.**— Cabe estimar correctamente invocados los preceptos del Estatuto de la Abogacía, pues aunque es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el n.º 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los preceptos reglamentarios, también es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el soporte del artículo 1.902 del Código civil cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños. Ambos preceptos legales (artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía) imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación.

**Carga de la prueba.**— El artículo 1.214 del Código civil no contiene forma valorativa alguna de las pruebas. Solamente puede invocarse en los casos en que la sentencia altere el «onus probandi», esto es, cuando haga recaer las consecuencias de la falta de prueba de un proceso sobre persona distinta de que la tiene la carga de probar los hechos. Pero lo que no cabe es infringir dicho artículo cuando existen pruebas en autos sin importar quien sea el litigante que las aporta.

**Prueba de presunciones.**— No existe en nuestras leyes norma alguna definidora de las reglas del criterio humano para deducir de un hecho base una consecuencia enlazada precisa y directamente con aquél. Sólo cuando la conclusión es ilógica o contraria a la ley se ha admitido la infracción del artículo 1.253 del Código civil (STS de 4 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— En la demanda se pide que se declare que, como consecuencia de la conducta profesional del letrado demandado, el demandante ha sido perjudicado en su patrimonio en la cantidad de 15.044.000 pesetas. Por ello se solicita la condena solidaria del letrado y de la compañía de seguros al pago de la correspondiente indemnización. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, lo cual fue confirmado por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**— En esta sentencia se parte de que la relación que vincula al abogado con su cliente es la típica del arrendamiento de servicios, lo cual implica, entre otras cosas, que la prestación del abogado es, evidentemente, de actividad y no de resultado, cumpliendo su deber de prestación si actuó con la debida diligencia en el desempeño de su pro-

fesión (sobre las consecuencias de considerar una prestación como de actividad y no de resultado, CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, en prensa). No obstante, la sentencia matiza que la diligencia exigible al abogado no es la propia del buen padre de familia (artículo 1.104 del Código civil), sino la profesional, a la que se refiere el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD de 24 de julio de 1982 (artículos 53 y 54) (A.C.S.).

**21. Ruina: Concepto de ruina.**— Es doctrina jurisprudencial que el término *Ruina* que utiliza el artículo 1.591 del Código civil no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato. (Ss. de 5 de septiembre de 1983 y 5 de marzo de 1984) y en tal concepto de ruina han de incluirse los graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida del edificio o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia (Ss. de 16 de julio de 1984, 16 de febrero de 1985, 17 de febrero de 1986 y 12 de abril de 1989).

**Defectos en la cubierta de un edificio.**— Una mala impermeabilización de la cubierta de un edificio con la consecuencia de grandes filtraciones de agua, constituye un vicio de construcción incluíble entre aquellos que dan lugar a la responsabilidad decenal impuesta en el 1591. (ST<sup>S</sup> 23 de diciembre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**— Una Comunidad de propietarios interpone demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios solicitando se declare que los vicios constructivos cuya reparación se reclama constituyen en supuesto de ruina, y en consecuencia se concede a los demandados a efectuar las obras necesarias para la total reparación de los vicios constructivos.

En Primera Instancia se dictó Sentencia estimada la demanda, que fue confirmada por la Audiencia (I.H.M.).

**22. Contrato de arrendamiento. Simulación.**— La celebración de un contrato de arrendamiento, al que se le atribuye una fecha anterior al estampillado de la firma, no es por sí solo motivo para declarar la ausencia de un consentimiento pleno y perfecto necesario para celebrar todo contrato. La simulación ha de resultar de una adecuada interpretación del contenido contractual, en base al juego de todo el material probatorio, y cuando así resulte, como en el presente caso, ha de producir la nulidad absoluta del contrato conforme a los artículos 1.261, 1.275, y 1.276 del Código civil.

**Ineficacia de un arrendamiento simulado frente a un embargo no anotado.**— La cuestión planteada se centra en determinar la eficacia de un contrato simulado de arrendamiento realizado con la sola finalidad de interponer un poseedor y así evitar las acciones de los acreedores. En este sentido, no es admisible su eficacia, pues sería una vulneración clara del artículo 7.1 del C.c. sobre la exigencia de buena fe. Por otra parte, el hecho de que no haya

accedido al R. de la P. la anotación preventiva de embargo no implica que el embargo quede sin efecto dado que la anotación preventiva no pudo practicarse por falta de la previa inscripción de dominio a favor del deudor, según el artículo 20 de la L.H. y el 140 párrafos 1.º y 2.º del R.H.; no obstante, el embargo como garantía cautelar subsiste desde la fecha que figure en las actuaciones judiciales sin que por ello, se desvirtuen las disposiciones hipotecarias pues la eficacia de la citada medida cautelar no puede quedar a la exclusiva voluntad del deudor embargado. (STS de 13 de diciembre de 1991. No ha lugar).

**HECHOS.**— Adquirida una finca en subasta pública judicial celebrada el 4 de noviembre de 1985 en virtud de ejecución de sentencia de remate, el adquirente no puede obtener la posesión efectiva y real del inmueble al impedírsele un contrato privado de arrendamiento celebrado por el deudor con fecha 30 de septiembre de 1984. El adquirente-demandante alega simulación en el contrato de arrendamiento.

El juez de Primera Instancia estimó totalmente la demanda. La Audiencia Provincial reconoció probada la simulación. No prospera el recurso de casación (I.D.L.).

**23. Arrendamientos urbanos. Derecho de tanteo: notificación y plazo.**— El derecho que establece el art. 47 de la L.A.U., no surge de la voluntad contractual de las partes, sino de la propia ley, imponiendo al propietario-vendedor la carga y obligación de notificar fehacientemente al inquilino su propósito de enajenar, precio, compradores, y condiciones esenciales de la venta. El inquilino ha de ejercitar este derecho en el plazo de sesenta días naturales, de forma eficaz y auténtica; y en caso de ausencia, retraso, demora o reticencia de la parte arrendadora habrá de realizar la correspondiente consignación o depósito del precio.

**Perfección.**— El derecho de tanteo se perfecciona por el concurso oferta-aceptación, como consentimientos concurrentes, al estar conforme los interesados en la cosa objeto del contrato y en el precio, lo que supone la conclusión lógico-jurídica de que efectivamente las partes realizaron una compraventa conforme al art. 1.450 del C.c. aunque no se haya otorgado escritura de venta, pues ésto último, es un mero requisito «ad probationem» y no un elemento esencial del contrato.

**Situación del tercero comprador.**— La enajenación realizada a terceras personas conocedoras éstas del propósito del inquilino de hacer uso del derecho de tanteo en plazo legal, no puede quedar protegida por el art. 1.473 del C.c. 1.º) por faltar la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de dichos terceros y 2.º) por quedar enervada la buena fe del tercero en virtud de la notificación que le realizó el inquilino manifestándole su propósito de hacer uso del derecho de tanteo. (STS de 19 de diciembre de 1991. Ha lugar).

**HECHOS.**— El propietario de un local de negocios pretende la enajenación del mismo. Al hallarse arrendado, el inquilino le manifiesta su propósito de hacer uso del derecho de tanteo. Por causas imputables al vendedor no se celebra la enajenación a favor del inquilino. Transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de tanteo y sin que el inquilino consigne el precio, el propietario enajena el local a los hermanos Z. M., concedores por notificación notarial de la situación de arrendamiento y del propósito del inquilino. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda de los inquilinos. La Sala del Tribunal Supremo entendió perfeccionada la venta entre propietario e inquilino y estimó el recurso de casación (I.D.L.).

24. **Caducidad del tanteo y caducidad del retracto.**— En ninguna parte dice la Ley de arrendamientos urbanos, salvo lo previsto en el párrafo 1.º del artículo 48, que la caducidad del tanteo acarree la del retracto; pero aparte de ello, habría que presuponer que el retrayente conozca de forma completa las condiciones esenciales de la transmisión, lo cual no se ha probado, bastando aludir al requisito del precio que en el documento privado es uno y en el documento público es otro.

**Carácter especial de la regulación del retracto arrendaticio.**— La regulación del retracto legal de viviendas (artículos 47 a 55 de la Ley de arrendamientos urbanos) tiene carácter especial respecto de la regulación general que hace el Código civil (artículo 1.524) para otros retractos legales, donde se habla de «conocimiento de la venta» simplemente, mientras que en el arrendaticio de la Ley dice de forma inequívoca (artículo 48.2) que la notificación de la venta se hará de forma fehaciente y «en todo caso, mediante la entrega de la copia de la escritura o documento en que fuese formalizada la venta», requisitos no cumplidos por el recurrente.

**Ineficacia del documento privado para el retrayente.**— Se pretende, por el recurrente, que el retrayente considere el precio figurado en el documento privado, en el que no intervino, como precio real. Evidentemente se trata de una sola venta, pero con efectos para el retrayente sólo en cuanto consta en escritura pública, como documento, éste último, probatorio de un contrato de fijación con efecto para terceros, cuya finalidad fue dar nueva constancia al negocio primordial y conferirle certeza y claridad, máxime cuando el documento privado de venta carece de efectos para el retrayente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.227, en relación con el 1.225, ambos del Código civil.

**Presupuestos del abuso del derecho de retracto.**— El ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y como remedio extraordinario sólo puede acudirse a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo 9 de la ley de Arrendamientos Urbanos, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico. No puede, por tanto, decirse que ejercita abusivamente su derecho el arrendatario que ejercita el derecho de retracto sobre la vivienda que ocupa, cumplidos los requi-

sitos legales. Por consiguiente, siendo la finalidad del retracto arrendaticio proporcionar al inquilino o arrendatario un modo de acceso a la propiedad de la vivienda o local de negocios arrendados, quien manifiestamente lo ejercita de manera normal y con el serio y único propósito de hacer efectivo su derecho de preferente adquisición, no actúa con abuso de su derecho. (STS 20 de febrero de 1992).

**HECHOS.**— En documento privado el demandado compra un inmueble arrendado. La empresa vendedora no comunica en ningún momento al inquilino-retrayente el contenido de dicho documento, ni posteriormente le dio copia de la escritura pública del contrato. Tras requerimiento del retrayente al comprador para que otorgase escritura pública a su favor, el comprador promovió juicio de desahucio por falta de pago de la renta. El retrayente impugna la venta por incumplimiento de su derecho de retracto. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima y la declara el derecho del demandante a retraer el inmueble. El comprador interpone recurso de casación al que el Tribunal Supremo declara NO HABER LUGAR (G.D.-P.G.).

**25. Finalidad del retracto legal.**— «El derecho de retracto legal que se integra en la categoría de los derechos reales de adquisición preferencial (artículo 37-3 de la Ley Hipotecaria) pretende generalmente consolidar en situaciones de propiedad las que son solamente posesorias».

**Retracto arrendaticio urbano: supuestos.**— «En el ámbito de los arrendamientos urbanos opera, entre otros supuestos, cuando en la finca sólo exista una vivienda o local de negocio y en los casos venta por pisos, aunque los mismos se transmitan por plantas o agrupados a otros, lo que no sucede cuando el objeto del convenio de compraventa es la totalidad del edificio, como es el supuesto de autos, al tratarse de una finca que constituye una unidad física... Así mismo la finca presenta unidad jurídica y registral...».

**El inmueble poseído por el retrayente debe coincidir con el que es objeto de la transmisión onerosa.**— «La exclusión del retracto que declaró el Tribunal de Apelación es la respuesta judicial correcta a la controversia; no concurriendo, conforme a lo expuesto, las situaciones previstas en el artículo 47, en relación al 48 de la legislación arrendaticia urbana, pues, en todo caso, el local poseído por el recurrente no coincide con el objeto de la transmisión onerosa, que es más amplia, al abarcar todo el edificio e impediría conocer el precio correspondiente al local en cuestión. La facultad que la ley otorga al arrendatario-retrayente de subrogación titular en el lugar del adquirente no puede rebasar lo previsto en la norma y, en consecuencia, proyectarse sobre la totalidad del inmueble, ya que se limita puntualmente a lo que se lleva en arriendo».

**La finalidad social del retracto no justifica su juego más allá de lo previsto por las normas que lo regulan.**— «Esta Sala ha mantenido una doctrina constante y reiterada en supuestos análogos al que se enjuicia a efec-

tos de que la institución del retracto, no obstante reconocer el fin social que representa, no se convierta en abusiva, si se acogiera lo que suponga rebasar los límites, requisitos y supuestos establecidos por las normas legales que la disciplinan (sentencias de 12 de noviembre de 1960, 23 de noviembre de 1962, 29 de enero y 19 de octubre de 1966, 5 de enero de 1981, 24 de mayo de 1982, 30 de abril de 1985 y 26 de mayo de 1988)» (STS 23 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El arrendatario de un local de negocio que, como se demuestra en los autos, forma parte de un finca mayor incoada juicio de retracto arrendaticio urbano contra los compradores de esta última. El Juzgado desestima su pretensión, desestimando igualmente la Audiencia la apelación posterior. No ha lugar al recurso de casación (R.G.S.).

**26. Arrendamiento de industria: Interpretación de los contratos.**— La interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer a menos que se demuestre ser ilógica o absurda. (Ss. de 14 de mayo y 16 de julio de 1990 y 18 de enero de 1991).

**Naturaleza temporal del arrendamiento de las cosas.**— El arrendamiento de cosas es temporal por naturaleza, y las cláusulas en contrario —así la duración indefinida— son ineficaces (Ss. de 17 de noviembre de 1984), en cuyo caso ha de aplicarse al contrato lo dispuesto en el artículo 1.581 del Código civil (Ss. de 16 de noviembre de 1957, 2 de julio de 1964 y 24 de junio de 1969), lo cual supone que en ausencia de pacto sobre la duración del arriendo ha de estarse al mínimo legal (Ss. de 20 de julio de 1984).

Así siendo ineficaz la cláusula de duración indefinida ha de estarse al artículo 1.581, solución sin posible alternativa y que no es contraria a la «reciprocidad de intereses» por cuanto puede favorecer tanto a una como a otra parte.

**Abuso de derecho.**— Aunque la apreciación del abuso de derecho constituya una cuestión jurídica, siempre resultará necesario que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que lo determinan. (Ss. de 26 de abril de 1976 y 17 de marzo de 1984). (STS de 26 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La parte actora solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento de industria concertado con el arrendatario por expiración del plazo convenido en virtud de la siguiente cláusula: «el plazo de duración de este contrato, y por tanto del arrendamiento que constituye su objeto, es de duración indefinida».

La Sentencia de la Audiencia entendió, confirmando la de primera instancia que era de aplicación al caso, lo dispuesto en el 1.581 del Código civil, mientras que el arrendatario, recurrente en casación, entendía que la interpretación de lo pactado realizada por el Tribunal de Primera Instancia no se ajustaba a Derecho y, que en cualquier caso el

arrendador incurría en abuso de derecho al pretender que, transcurridos sólo once meses desde que se celebró el contrato, éste se considerase extinguido por expiración de su plazo (I.H.M.).

**27. Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de culpa en el agente.**— (...) la culpa extracontractual no se presume en el agente, sino que ha de ser probada, ni, en cualquier caso, puede ésta presumirse como existente cuando en las actuaciones se acredita la falta de negligencia del agente y la contraria culpa de la víctima. (...) el artículo 1.902 no puede dar lugar a la aplicación del mecanismo reparador del daño que en el mismo se arbitra cuando falta la negligencia del agente.

**Para que haya obligación de responder es preciso que el daño sea atribuible al agente.**— (...) si la fatal colisión resultó imprevisible e inevitable para el demandado, no cabe imputar al mismo su causación, que daría lugar a la obligación por su parte de reparar un daño que debe atribuirse al caso fortuito (...). (STS de 7 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La parte actora interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía por accidente de tráfico sobre responsabilidad extracontractual, solicitando se condenase a los demandados a satisfacer solidariamente la cantidad de ocho millones de pesetas. Recae sentencia desestimatoria en la primera instancia, que la Audiencia confirma sentando, entre otros, los siguientes hechos: A) que en el comportamiento del conductor demandado no puede estimarse el más mínimo defecto, vicio o falta de atención; B) la víctima penetró de forma súbita totalmente e inevitable en la zona de circulación del conductor demandado, que nada pudo hacer para evitar la fatal colisión; C) el suceso, para el presunto responsable, fue, imprevisto y, además, inevitable. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A.R.M.).

**28. Exoneración de la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor.**— La exoneración de toda culpabilidad, en el accidente que padeció la recurrente, para el conductor asegurado en la compañía recurrida, se manifiesta en el hecho de que dicho accidente sobrevino a causa de la colisión del vehículo asegurado con un animal desbocado, que puede calificarse para el conductor como suceso de «fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo», en cuanto nada pudo hacer aquél para evitar la colisión, que surgió de manera inopinada e imprevisible.

**La culpabilidad: presupuesto necesario de la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor.**— La reparación del mal causado tiene como presupuesto necesario que el conductor haya causado el daño sin mediar fuerza mayor extraña a la conducción del vehículo, ni culpa exclusiva del perjudicado. Consiguientemente, no puede hablarse de responsabilidad civil del conductor en este caso, ni en consecuencia ha de cubrir la entidad aseguradora recurrida los daños causados, puesto que el contrato de seguro

vigente con el asegurado conductor únicamente comprende los daños causados de que sea civilmente responsable el conductor asegurado o la persona por él asegurada. Otra conclusión supondría partir de una responsabilidad puramente objetiva no sancionada legalmente para daños causados en accidente de circulación, aunque sí sea aplicable en otros ámbitos extraños a ese, como en la derivada de la energía nuclear o de accidentes de navegación aérea, así declarada en las leyes que los regulan.

**Cobertura del contrato de seguro por los daños producidos al tercero derivados de la circulación de vehículos a motor.**— Sostiene el recurso que la acción ejercitada por la perjudicada deriva del riesgo cubierto por el contrato de seguro entre el conductor del vehículo y la aseguradora, acción que al no estar prevista en el Código de comercio se ha de regir por el Código civil y que según éste (artículo 1.964) tiene una duración de quince años. Más tales alegaciones no son admisibles en el caso debatido. En primer lugar, porque el conductor del vehículo está exento de responsabilidad civil derivada del accidente y, por tanto, no es aplicable a éste el contrato de seguro que tiene con la compañía recurrida. Aparte de ello, la recurrente es ajena a ese contrato de seguro y, por tanto, al no haber sido parte en él, no produce efectos para la misma, conforme se deduce del artículo 1.257.1.º del Código civil. En segundo lugar, la recurrente no ha intervenido en contrato alguno del cual pudiera derivar su acción para exigir una responsabilidad contractual a la que se aplicaría el plazo de prescripción que señala el citado artículo 1.964, ya que se trata de una acción extracontractual cuyo plazo de prescripción es de un año a contar desde que la recurrida por alta de sanidad supo las consecuencias del accidente y pudo, según el artículo 1.969, ejercitar la acción.

**Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual.**— Piensa la recurrente que para que nazca la acción, el perjudicado ha de conocer perfectamente la total entidad de sus perjuicios, lo que no ocurre hasta que se dicta la sentencia de la Magistratura a que se ha hecho referencia. Más ya se ha indicado que el alta de sanidad dado en 1974, con la secuelas derivadas del accidente, no fue seguido dentro del plazo señalado en el artículo 1.968, n.º 2 del Código civil, del ejercicio de la acción, sino que transcurrieron varios años hasta que solicitó en 1983 la revisión de su situación, a la que se accedió como «invalidez derivada de enfermedad común», según el fallo laboral, lo que rompe el nexo directo con el accidente, del que no deriva responsabilidad civil que haya de ser hecha efectiva contra la entidad recurrida. (STS 8 de febrero de 1992).

**HECHOS.**— En febrero de 1973 el asegurado al realizar una correcta maniobra de adelantamiento en carretera chocó con una «caballería debocada» que venía en dirección opuesta. Como consecuencia de este accidente, la demandante que circulaba en el mismo sentido colisionó con el primero y sufrió graves lesiones. El conductor del primer vehículo no fue sometido a procedimiento penal, ya que las diligencias instruidas fueron sobreesididas en mayo de 1975 sin celebración de juicio. A la demandante se le reconoció en la jurisdicción laboral, con fecha 10 de febrero de 1976, una invalidez permanente, situación que, en 1983, fue recalificada por la Magistratura de Trabajo como de invalidez

permanente y absoluta, señalándosele una pensión vitalicia. La actora formuló demanda contra la aseguradora del conductor del primer vehículo, solicitando que se le condenara a abonar los daños y perjuicios causados por su asegurado como consecuencia del accidente que provocó. El Juzgado estimó la demanda y condenó a la aseguradora al pago de los daños causados a la demandante. Admitido el recurso de apelación, la Audiencia, estimando la excepción de prescripción de la acción alegada, absolvió a la entidad aseguradora. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declaró NO HABER LUGAR al mismo. (G.D-P.G.).

#### 4. DERECHOS REALES

**29. Diferencias entre la acción reivindicatoria y la acción declarativa de dominio.**— Si bien entre ambas existe cierta similitud y enlace, no nominando expresamente el artículo 348 del Código civil la declarativa, ambas son instrumentos para tutelar el derecho de propiedad. La declarativa o de constatación, no exige que el demandado esté en la posesión de la finca aunque no la imposibilita si se da esta situación. Tiene por finalidad obtener declaración judicial de reconocimiento del título dominical sobre el bien frente al que se lo discute o abroga.

**Prueba de la propiedad reclamada.**— Conforme al artículo 1.214 del Código civil, corresponde al que se reputa titular, que ha de acreditar cumplidamente los hechos constitutivos que integran la norma misma, es decir, identidad objeto de la acción, que medie un hecho jurídico apto y suficiente, con proyección de titularidad dominical, para dar existencia a la relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste y que el sujeto titular de la relación sea la persona que acciona (sentencias de 28 de mayo de 1965, 22 de abril de 1967, 16 de octubre de 1969, 11 de junio de 1976).

**Imposición de costas: Teoría del vencimiento objetivo.**— El artículo 523 de la Ley Procesal Civil contiene el principio objetivo del vencimiento para las costas correspondientes a la primera instancia, de tal manera que dada la consideración de norma de orden público (sentencia de 7 de mayo de 1990), su alegación por las partes no es del todo necesaria ni imprescindible. La teoría del vencimiento objetivo sólo quiebra y recobra el juez su facultad decisoria plena, cuando aprecia la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la no expresa imposición, lo que exige el razonamiento lógico-jurídico consecuente que llevó a cabo el Juez de la instancia, y la Sala no compartió, pues hizo aplicación estricta del citado artículo 523, en su parte dispositiva de vencimiento objetivo, pero ello no la liberaba de la necesidad de motivar y razonar su decisión revocatoria sin más de la del Juez del primer grado, ya que en este punto se produjo una revocación que careció del precedente de su necesaria fundamentación jurídica y apelación previa por la parte que pudiera sentirse perjudicada. (Sentencia de 23 de enero de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**— La demandante, actuando para la comunidad hereditaria de la que formaba parte junto con sus seis hijos, planteó demanda de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento de Mohedas de Granadilla ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Plasencia. En esta instancia la demanda fue desestimada, sin entrar en el fondo del asunto. Contra esta decisión la actora interpuso recurso de apelación ante la entonces Audiencia Territorial de Cáceres, que revocando la sentencia, y entrando a conocer del fondo, desestimó también la demanda, imponiendo a la demandante las costas de primera instancia. Procede la casación parcial de la sentencia recaída en la apelación (A.R.M.).

**30. Tercero civil. Buena fe.**— La recurrente puede considerarse como tercero civil vinculado a contratos válidos que concertaron sus predecesores en el dominio del inmueble litigioso, y cuya obligatoriedad para la recurrente no puede dejar de tenerse en cuenta. La jurisprudencia de esta Sala (sentencias entre otras de 2 de julio de 1965 y 5 de enero de 1977) ha negado la existencia de buena fe a cuantos tuvieron noticia perfecta de la situación jurídica extratabular del objeto de la enajenación o de las posibles causas de enervar el derecho de su transferente: y sin buena fe, como puntualiza, entre otras varias, la sentencia de 25 de mayo de 1974, el tercer adquirente no puede tener la protección de la fe pública registral, porque es uno de los cuatro requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (**Sentencia de 28 de octubre de 1991**; no ha lugar).

**31. Requisitos de ejercicio de la acción reivindicatoria.**— «... la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que para la viabilidad de tal acción deben concurrir los siguientes requisitos: A) Título de dominio que acredite la propiedad del actor; B) Identificación suficiente de la casa reivindicada; y C) Posesión actual de la misma por el tercero demandado».

**Posesión hábil para la prescripción adquisitiva.**— «La ley exige que la posesión hábil para la prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria, sólo puede ser aquella que se adquiere y disfruta en concepto de dueño, y que además goce de las circunstancias de pública, pacífica y no interrumpida (artículos 447 y 1.941 del Código civil y sentencias 31-5-74; 24-3-83; 19-6-84; 30-3-74, etc.)».

**Actos que demuestran la posesión en concepto de dueño.**— «También está reconocido por la recurrente que el primer acto formal de “dominio” lo realiza en el año 1972, cuando decide dar de alta la contribución a su nombre, ya que pagar ciertos recibos a nombre del titular, o efectuar obras de adaptación del inmueble, no constituyen, de por sí, los actos que demuestran la posesión en concepto de dueño que exige la Ley, desde el momento que también pueden ser actos propios de otra clase de posesión».

**El «animus domini» no precisa de conocimientos técnicos.**— «No puede finalmente desconocerse la falta de “animus domini” que demuestra D.<sup>a</sup>...

frente al requerimiento notarial de fecha 28 de marzo de 1985, pues por mucha falta de conocimientos jurídicos que alegue, las manifestaciones que hace son las propias de una persona lega, poseedora no propietaria, que intenta obtener ciertas ventajas por abandonar voluntariamente la finca que ocupa, y que sabe no le pertenece; ánimo que no queda oscurecido, ni es confundible con el concepto de titularidad, ni con el de inscripción registral, pues el sentido o la idea de la propiedad es connatural con la persona, y no precisa de conocimientos técnicos».

**Plazo de prescripción: fijación del día inicial.**— «En lo referente al plazo prescriptivo, surgen también un conjunto de oscuridades cuando se intenta fijar el día inicial, indeterminación que está en abierta contradicción con la exigencia jurisprudencial sobre la inexistencia de dudas respecto a la fecha exacta de la ocupación posesoria».

**Tratamiento restrictivo de la prescripción.**— «En este estudio se han tenido en cuenta precisamente los preceptos sustantivos que se citan, así como la jurisprudencia que, definiendo a la prescripción como una institución que no se halla fundada en la justicia intrínseca, entiende que debe merecer un tratamiento restrictivo» (ST<sup>S</sup> de 24 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— D.<sup>a</sup> Carmen, copropietaria de una finca urbana, ejerce en nombre de la comunidad acción reivindicatoria frente a D.<sup>a</sup> Valentina. Opone ésta la usucapión extraordinaria del inmueble. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado en cuanto D.<sup>a</sup> Valentina no ha poseído en concepto de dueña y tampoco ha sido posible determinar el término inicial del plazo de prescripción. No prospera el recurso de casación. (R.G.S.).

**32. Posibilidad de subsanar los defectos del poder durante la tramitación del proceso.**— «Nuevo poder que se tuvo por unida a los autos en providencia de fecha 20 de julio de 1985, y a partir de cuyo momento quedó subsanada cualquier deficiencia o defecto, determinante de la falta de personalidad que pudiera existir; declaración que tan reiteradamente tiene establecida esta sala y a la que corroboran legislativamente los artículos 11.3 y 243 de la ley orgánica del Poder Judicial; motivo por el cual, la apreciada “insuficiencia del poder a procuradores”, que se declara en la sentencia recurrida, debe ser rechazada en cualquier caso».

**Representación de la Comunidad de propietarios por su Presidente.**— «... bueno será recordar la doctrina jurisprudencial, cuando entiende que el hecho de que en el encabezamiento de la demanda se diga solamente que el procurador formula la misma en nombre de la Comunidad de propietarios, sin expresar que ésta se halla representada en juicio por su Presidente, no puede, por sí solo, entrañar una falta de personalidad en dicha actora, pues el imprescindible poder para pleitos, en virtud del cual actúa dicho Procurador... aparece otorgado única y exclusivamente por el Presidente de dicha Comunidad, lo que sin género de duda está indicando que el referido “ente comunitario” interviene en el proceso representado por su Presidente, según preceptúa el ar-

título 12 de la Ley de Propiedad Horizontal (sentencias de 15-1-1988; 17-6 y 27-9-1989)».

«**Quorum** necesario para legitimar la actuación del Presidente de la Comunidad de Propietarios. Alcance del «interés general» del artículo 13.5 de la LPH.— «... en el acta de fecha 5 de junio de 1984 se toma el acuerdo “por unanimidad de los asistentes”, en proseguir las gestiones legales para reclamar a los responsables aquellas reparaciones que sean necesarias; decisión que legitima plenamente la actuación del Presidente, respaldado por los asistentes a la Junta, no solo a demandar la reparación de los desperfectos causados en los elementos comunes del edificio, sino también aquellos otros existentes en las partes privativas del inmueble, que se derivan de las malas instalaciones, y que repercutan necesariamente en las partes privativas, estando comprendido todo ello dentro del interés general que se invoca en el artículo 13.5 de la Ley Especial (sentencias 29-5-84; 30-10-86; 15-7-88; 1 y 14-7-89; 26-11-90, etc.)» (STS 8 de enero de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**— La Comunidad de propietarios demandante reclamó a las entidades promotora y constructora así como a los técnicos intervinientes en la edificación la reparación de los defectos aparecidos en determinados apartamentos de un edificio y en ciertas plazas de garaje. El Juzgado absolvió al arquitecto condenando a los restantes demandados según su participación en los vicios ruinógenos. La Audiencia revocó la sentencia apreciando las excepciones de no haber comparecido el Presidente a formular la demanda haciéndolo genéricamente la Comunidad e insuficiencia del poder a Procuradores en tanto el otorgado por el anterior Presidente lo había sido a otros efectos. Recurre la Comunidad de propietarios y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (R.G.S.).

33. Representación bastante para requerir la convocatoria de Junta de propietarios. El apoderamiento no viene sujeto a forma «ad solemnitatem». El Reglamento Notarial no ampara el recurso de casación.— «Es doctrina jurisprudencial que “el apoderamiento no viene sujeto a forma ad solemnitatem tal como establece el art. 1.710, párr. 2, de dicho Código, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita, sin que a ello se oponga la exigencia formal señalada en el núm. 5 del art. 1.280” (S. de 6 de marzo de 1978); por tanto, han de reputarse suficientes y formalmente válidas las autorizaciones conferidas al Sr... para que solicitara del Notario que requiriese al Presidente de la Comunidad con el fin de que convocara Junta General Extraordinaria, según previene el art. 15-1 de la ley de Propiedad Horizontal, tanto más cuanto que esta Ley, en su art. 14-1, admite que para acreditar la representación voluntaria, al efecto de asistencia a la Junta, basta un escrito firmado por el propietario y no existe razón alguna para una más rigurosa exigencia formal si la representación tiene sólo por finalidad pedir la celebración de aquélla; de todo lo cual se sigue la desestimación del motivo estudiado, con sólo añadir que el reglamento Notarial, por su naturaleza, no puede amparar el recurso de casación, conforme a una constante doctrina jurisprudencial (Ss. de 6 de octubre y 26 de noviembre de 1990 y 25 de enero de 1991)».

**Plazo legal para la validez de la segunda convocatoria de la Junta de propietarios.**— «La cuestión planteada ha sido resuelta por esta Sala en el sentido de que “se cumple adecuadamente con la convocatoria cuando se celebra en la segunda hora señalada para el caso de falta de quorum en la primera hora fijada, pues en realidad ambas son significativas de primera convocatoria” (S. de 23 de mayo de 1990 y, anteriormente, las dictadas en 13 de octubre de 1982 y 16 de junio de 1988), doctrina jurisprudencial ésta declarada con referencia a Juntas celebradas, como sucede en el caso que nos ocupa, con anterioridad a la reforma de la Ley operada en 23 de febrero de 1988, en que ya se dispone que “si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se reunirá la Junta en segunda convocatoria, reunión que podrá tener lugar incluso en el mismo día, siempre que haya transcurrido un intervalo mínimo de media hora y que hubiese sido convocada previamente”». (STS 5 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Comunidad de propietarios del Edificio Las Palmeras n.º 2 de Marbella solicita ante el Juzgado de Primera Instancia la nulidad de una Junta de propietarios y de los acuerdos en ella adoptados por infracción de los preceptos legales aplicables. El Juzgado desestima la demanda. Apela la Comunidad declarando la Audiencia no haber lugar. Lo mismo ocurre con el recurso de casación. (R.G.S.).

**34. Propiedad horizontal: Responsabilidad del propietario y responsabilidad de la comunidad.**— La responsabilidad de los propietarios de un local de un edificio, sujeto a dicho régimen, como consecuencia de defectos en un elemento privativo es plena. Pero no así, si el daño procede de un defecto en un elemento común, en éste caso responde la Comunidad de Propietarios. Limitándose cada propietario a lo que según su cuota de participación le corresponda.

**Modificación de pretensiones.**— Si la demandante consintió la cantidad fijada en primera instancia para daños y perjuicios, el total establecido en segunda instancia no puede ser superior al fijado en primera instancia pues daría lugar a una incongruencia. (STS de 2 de diciembre de 1991. No ha lugar).

**HECHOS.**— La demandante-arrendataria reclama a la comunidad de propietarios y a los propietarios de dicho local y de forma conjunta, la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la inundación del local debido a la falta de tapa en el sumidero del patio común.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda condenando a la reparación de daños y perjuicios, tanto a los propietarios del local, como a la Comunidad de Propietarios, de igual forma procedió la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo excluye de responsabilidad a los propietarios y condena exclusivamente a la Comunidad. (I.D.L.).

**35. El derecho de vuelo sobre la parte ya construida de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal se rige por la LPH y es ele-**

**mento común.**— «... el artículo 350 del Código civil, en cuanto concede al propietario de un terreno el derecho sobre el vuelo del mismo (“usque ad coelum”, según la anacrónica y desfasada expresión clásica), concretado esencialmente en un derecho a edificar sobre dicho terreno (con las limitaciones urbanísticas o de otra índole que legalmente se hallen establecidas), no puede ser tomado aisladamente en consideración (como, al parecer, pretenden los recurrentes) cuando se trata de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, como aquí ocurre, sino que ha de serlo en íntima conexión con la normativa específica de esa forma especial de propiedad y precisamente, con arreglo a ella, el “vuelo”, es un elemento común de todo edificio...».

**Las terrazas que cubren todo o parte del inmueble son elemento común. Artículo 396 Cc: «ius dispositivum». Consecuencias. Carácter abierto de la enumeración de elementos comunes en él contenida.**— «... las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas “terrazas a nivel”) tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código civil (al mencionar entre ellos a las “cubiertas”) y si bien la descripción, no de “*numerus clausus*” sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de “*ius cogens*”, sino de *ius dispositivum*” (Sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988, entre otras), lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.<sup>a</sup> del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. (Sentencias de 31 de enero y 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras), mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada, siendo este el supuesto aquí contemplado...».

**Improcedencia de asentar el recurso de casación en una sola sentencia del Tribunal Supremo.**— «... el recurso de casación no puede válidamente asentarse en una sola sentencia de esta Sala, que por su unicidad, hace quebrara la denunciada infracción de doctrina jurisprudencial, que exige, al menos, dos resoluciones conformes para que pueda darse (Sentencias de 1 de marzo de 1985, 10 de marzo de 1986, 12 de diciembre de 1988, 5 de julio de 1989, 23 de junio de 1990, entre otras muchas)...». (STS 10 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Los propietarios pro indiviso de un departamento destinado a local de negocio reivindican el terrado que lo cubre por estimar que se trata de un elemento privativo del mismo y no común ni

propiedad de los demandados. El Juzgado y la Audiencia desestimaron respectivamente la demanda y la apelación. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

**36. Alteraciones del edificio permitidas por los artículos 7 y 11 de la LPH. Requisitos exigibles. Admisibilidad, a estos efectos, de una unanimidad sucesiva.**— «Las alteraciones que permite efectuar el artículo 7 de la Ley Especial, cuando las realiza el propietario dentro de los límites perimetrales de su propiedad, requieren, a más del cumplimiento de los requisitos que se establecen en el propio precepto, (dar cuenta de las obras a quien represente a la Comunidad) que las obras a realizar no signifiquen alteración de la estructura, configuración o fábrica del edificio, o bien que se ejecuten en los elementos comunes del mismo, ya que en estos supuestos quedarían en el ámbito del artículo 11 de la mencionada Ley, donde se contienen unos especiales requisitos, que no son otros que el acuerdo unánime de todos los copropietarios, sancionado en el núm. 1 del artículo 16. Esta es la doctrina correcta, sancionada por la jurisprudencia de esta Sala en abundantes sentencias; pero en el caso que nos ocupa, la autorización concedida por la unanimidad de los copropietarios del inmueble, se ha ido otorgando a medida que cada uno de ellos adquiría su parte privativa, y firmaba la escritura de compra, aceptando la de Obra Nueva y División Horizontal, como antecedente necesario, y los Estatutos, incorporados a ella, por los que habría de regirse la Comunidad. El régimen establecido en la inscripción registral matriz, comprende una serie de “aclaraciones” (como allí se dice), que afectan a todos los futuros propietarios, ya que modifican una serie de disposiciones comunes, estableciendo en su lugar otras, ..., y constituyendo en definitiva “las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos”, que el citado núm. 1 del artículo 16 de la Ley, trata de impedir que se modifiquen por el acuerdo de las mayorías». (STS de 27 de septiembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La propietaria de una vivienda demanda al titular de un negocio de hostelería ubicado en los bajos del mismo inmueble por instalar una chimenea que invade su terraza y altera la estructura y configuración del edificio. El Juzgado de Primera Instancia condenó al demandado a demoler la chimenea. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado sobre la base de lo dispuesto al respecto en los Estatutos de la Comunidad. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

**37. La distinción entre titularidad dominical privada o común queda reservada a la relación interna entre los comuneros y no puede ser esgrimida por extraños a la comunidad.**— «El segundo motivo... señala la infracción por no aplicación del artículo 3-a) de la Ley de Propiedad Horizontal, por supuesta falta de legitimación activa de la Comunidad para formular reclamaciones que afecten a las viviendas privadas por ser independientes de los elementos comunes del edificio o edificios en que tales viviendas se ubican, lo que no puede prosperar en atención a la consolidada doctrina de esta Sala sobre el particular, según la cual en este orden de cosas no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos componentes físicos de la entidad jurídica que es la Comunidad de propieta-

rios, con semejanzas en su propia naturaleza con los llamados “actos de conjunto” (Sentencias 12 de febrero y 26 de diciembre de 1986) son de titularidad dominical privada o común, pues aquello queda reservado a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa Comunidad tanto más cuanto que la Junta acordó que el Presidente entablara cuantas acciones fueran precisas para obtener la enmienda de las deficiencias constructivas detectadas en los edificios de la Comunidad (Sentencias de 29 de mayo de 1984; 25 de mayo de 1987 y 9 de marzo de 1988)». (STS de 24 de septiembre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**— Como consecuencia de los graves defectos detectados en la construcción de una serie de viviendas, la Comunidad de propietarios demandó a la promotora, la constructora, los arquitectos y el aparejador pidiendo fueran solidariamente condenados al abono de la cantidad invertida por la demandante en la reparación de los mencionados defectos lo que fue estimado íntegramente por el Juzgado y la Audiencia. No hubo lugar a la casación. (R.G.S.).

**38. La falta de unanimidad no comporta la nulidad del acuerdo adoptado en Junta general extraordinaria.**— «... más ello no es así porque, conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial (Ss. de 6 de febrero de 1989 y 2 de abril de 1990), ni siquiera en el caso de un acuerdo adoptado por una Junta celebrada sin citar a alguno de los propietarios, aunque se requiera unanimidad, se produce la nulidad radical o absoluta, sino que el acuerdo queda sometido a la normativa del art. 16-4, lo que, con mayor razón aún es aplicable al caso en que no asistan a la Junta, por otro motivo cualquiera todos los propietarios; esto significa que ha de estarse a la validez y eficacia de la autorización concedida con la anuencia de los presentes en la Junta entre los que se encontraba el Sr...».

**La falta de unanimidad en la toma de acuerdos da lugar a su anulabilidad. Noción de unanimidad.**— «... la regla de la unanimidad, si no es observada dará lugar a la unanimidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho, a más de que, en el caso que nos ocupa, en realidad el acuerdo debe considerarse unánime por cuanto, como afirma la Sala de instancia, se evidencia que fue aprobado en la Junta “por los comuneros asistentes, quedando pendiente de posibles impugnaciones por los ausentes, luego no verificadas, y, en consecuencia, encontrándose entre los primeros el actor apelante sin formular objeción alguna, mal puede ahora discutir la unanimidad precisa o postular la nulidad del acuerdo, amparándola en la pretendida falta de su notificación a los referidos ausentes que sólo podría por éstos ser invocada caso de ser ellos los accionantes». (STS de 24 de septiembre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**— El actor acude al Juzgado para que condene a los demandados a cerrar los huecos y ventanas abiertos en la fachada de un inmueble regido por la LPH entendiéndose ser nulo, por falta de unanimidad, el acuerdo de la Junta general extraordinaria legitimador de esta

modificación. Desestima el Juzgado la demanda y la Audiencia la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

39. **No cabe servidumbre sobre cosa propia.**— «... claro es que tal tendido eléctrico en cuanto a la referida vendedora de la finca tan citada, no es significativo de servidumbre, ya que ésta, por su propia esencia y naturaleza, requiere la existencia de gravámen sobre finca ajena, como revela el artículo 530 del Código civil, de manera que no es posible constituirla sobre cosa propia, pues éstas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre, como reconoce el antiguo aforismo “nemine res sua servit iure servitutes”...».

**Interpretación de los contratos.**— «... la Sala sentenciadora de instancia ha efectuado una adecuada interpretación del contrato que figura en la escritura pública de compraventa objeto de la controversia jurídica entablada, con base en lo que previene el artículo 1.281 del Código civil, dado que,..., los términos de dicho contrato en su sentido literal, que según dicho precepto priman en materia interpretativa contractual, claramente y sin duda alguna expresan que en la referida compraventa se comprenden todos “cuantos derechos son inherentes” a la finca vendida, entre los que se encontraban, según queda razonado, los afectantes al tendido eléctrico que en titularidad compartida con sus hermanos correspondían en dicha finca a la vendedora..., aparte que según tiene reiteradamente declarado esta sala, y de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986, la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre sea ilógica o absurda, y esa demostración por las razones tan reiteradamente expuestas en los precedentes fundamentos de derecho no se evidencia en el presente caso».

**Principio de congruencia: no supone incongruencia la determinación cuantitativa de un cambio de titularidad pedido en el súplico de la demanda.**— «... en modo alguno significa incongruencia la determinación cuantitativa que la recurrida sentencia hace a tal cambio de titularidad... como realmente correspondiente al módulo cuantitativo proporcional entre la total superficie real de... metros cuadrados asignados en la escritura de compraventa en cuestión a la finca matriz propiedad de la mencionada D.<sup>a</sup> ..., de la que fue segregada la vendida por ésta a los demandantes... con asignación de una superficie real de... metros cuadrados [...] siendo en definitiva un mero extremo declarativo accesorio o complementario que, resolviendo sobre las pretensiones de las partes y sin alteración de los pronunciamientos principales, conduce a la efectividad del fallo en trámite de su ejecución, lo que, como ponen de manifiesto las sentencias de esta Sala de 23 de abril de 1956, 4 de junio de 1959 y 16 de julio de 1987, entre otras, no genera falta de la debida congruencia, dado que, como también tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 29 de junio de 1983, 21 de julio de 1985, 23 de octubre de 1986, 20 de julio, 21 de abril y 7 de junio de 1988, 27 de julio de 1989 y 8 de mayo de 1990, el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes no ha de ser literal, sino racional y flexible, de modo que basta que surja acatamiento de la sustancia de lo pedido para que el prin-

cipio de congruencia quede cumplido, sin que, como queda dicho, sea necesaria una conformidad rígida y literal con las pretensiones ejercitadas, pues lo importante es que lo que es integrante del fallo, y en consecuencia de la declaración judicial que lo pronuncia, tenga la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate planteado a medio del juicio entablado». (STS 3 de enero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Los demandantes, adquirentes de parte de una finca, se dirigen al Juzgado de Primera Instancia para que declare su derecho de copropiedad sobre la instalación de una línea eléctrica de alta tensión que la atraviesa en cuanto les fue vendida por una de las copropietarias con todos los derechos que le eran inherentes. Solicitan asimismo se declare su derecho a recabar de los organismos competentes el cambio de titularidad en la línea eléctrica en lo que respecta a la parte instalada en la finca comprada. Estima el Juzgado la demanda y confirma la Audiencia la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

**40. Los pleitos deben fallarse según la situación de hecho y de derecho vigente al tiempo de presentación de la demanda.**— «... porque si, como tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras de 24 de abril de 1951, 1 de julio de 1952 y 13 de abril de 1986, los pleitos deben fallarse según la situación de hecho y de derecho en que estaban las partes y las cosas objeto de ellos al presentarse la demanda, claro es que no puede darse relevancia ni valor jurídico a los hechos posteriores a la demanda...».

**Consecuencias derivadas de la falta de pronunciamiento en segunda instancia sobre el fondo de la cuestión litigiosa.**— «... es de tener en cuenta que la sentencia recurrida aprecia de oficio defecto en la constitución de la relación jurídico-procesal al estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin entrar, en consecuencia, en el fondo de la cuestión litigiosa, con lo que indudablemente ha quedado en segunda instancia sin hacerse pronunciamiento sobre lo que ha sido objeto en el litigio entablado, y por tanto viniendo desplazado a este Tribunal de casación, los pronunciamientos a dictar [...] con la consecuencia de tener que integrar en casación el “factum” que en lo referente a las cuestiones de fondo debatidas en el juicio a que se viene haciendo mención se precisa para decidir sobre ellas, al haber quedado sin respuesta por la resolución impugnada pues, de una parte, según tiene ya declarado esta Sala en sentencias de 3 de junio y 16 de septiembre de 1988, habiendo sido dejado sin respuesta, en el aspecto fáctico, extremos del debate judicial, ha de serlo en fase de casación, a fin de integrar adecuadamente el “factum” no explicitado con claridad en la sentencia objeto del recurso, y, de otra parte, en razón a que, como también ha sido reconocido por esta sala en sentencia de 30 de junio de 1983, el recurso de casación se dirige contra la sentencia de segunda instancia, no contra la de la primera».

**Criterio para determinar la titularidad prevalente en caso de doble immatriculación.**— «... porque según tiene reiteradamente declarado esta sala, y de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 5 y 10 de enero de

1962, 17 de enero y 17 de junio de 1963, 31 de octubre de 1978, la existencia de dos matriculaciones (sic) en favor de distintos titulares registrales se neutralizan, debiendo en consecuencia acudirse a las reglas de Derecho Civil puro, conducente a la apreciación como prevalente del título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior, que en el presente caso es el acreditado por el demandante...».

**Buena fe.**— «... situación que en modo alguno... cabe apreciar, no solamente por genérica aplicación de la presunción de buena fe que a todo poseedor establece el artículo 434 del Código civil, en tanto no se pruebe lo contrario que en el supuesto contemplado no se produjo, y la reputación de poseedor de buena fe que el artículo 433 el referido Cuerpo legal sustantivo establece al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalida...».

**Fe pública registral.**— «... el principio de la fe pública “registral”, o sea de presunción de exactitud del contenido registral, es a modo de ficción de veracidad de que la ley inviste a los asientos practicados en la correspondiente hoja registral, que constata su existencia [...] así como el rango, titularidad de los derechos reales registrados, con el efecto de que el contenido registral se presume exacto, de modo que el tercero que adquiere un derecho confiado en lo que el Registro expresa deviene propietario o titular de tal derecho y con la extensión y contenido con que aparece el mismo registrado, aunque el titular inscrito no sea propietario o titular del derecho de que se trate, en tanto esa realidad registral no venga desvirtuada por su disconformidad con la realidad extrarregistral, y cuya desvirtuación no es de apreciar más que a raíz de lo decidido judicialmente a medio de esta sentencia, generándose entre tanto una presunción positiva de veracidad en orden a la transmisión realizada a favor de SYSCO S.A. de la repetida finca registral número 21.326 dado que la permanencia o perdurabilidad de los derechos inscritos, emanante de la referida fe pública registral, determina, de una parte, que la inscripción subsiste en tanto no se cancela, pues ante el tercero el derecho inscrito existe, aunque esté extinguido en la realidad jurídica, y, de otra parte, que la inscripción y sus efectos sólo se extinguen cuando se cancela, lo que tanto quiere decir que lo expresado en la hoja registral de una finca vale como exacto y verdadero, por regla general, en beneficio de quien adquiere a título oneroso y confiado en su contenido...».

**Accesión invertida.**— «... como tiene declarado esta Sala en sentencia de 15 de junio de 1981, el artículo 361 del Código civil solamente concede al propietario del terreno donde se construye un derecho de opción, considerado doctrinalmente como un derecho potestativo o en formación, entre adquirir lo construido abonando la indemnización legalmente prevenida, o a obligar al edificante que le abone el valor del terreno, supuesto éste último que, como queda dicho, es el apreciable en el presente caso, y, que es significativo de que, mediante accesión producida al revés, de hecho el propietario del terreno sobre el que se edificó de buena fe lo vende, en cierto modo forzado, al edificante».

**Prueba del daño.**— «En lo que afecta a la solicitud formulada por el demandante... de condena a los demandados a indemnizarle daños y perjuicios,

su improcedencia surge de no venir acreditados... porque, como tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 26 de octubre de 1981, 5 de junio y 29 de noviembre de 1985 y 17 de septiembre de 1987, los daños y perjuicios que se reclamen han de ser probados...».

*Indemnización de los daños y perjuicios emanados de la ocupación de terreno ajeno.*— «... el daño y el perjuicio que pudiera emanar de la ocupación por los demandados del terreno cuya propiedad se reconoce en favor del demandante ya viene compensado con el abono a éste del valor en metálico de su valor, en cuanto que éste, como viene indicando en la precitada sentencia de 28 de octubre de 1931, ha de venir determinado en el momento que la reclamación formulada a tal fin, pero con actualización económica al tiempo en que se lleve a cabo el correspondiente abono de cantidad, lo que en consecuencia lleva ínsito la reparación del perjuicio derivado de la ocupación de tal terreno...» (STS de 17 de febrero de 1992; ha lugar en parte).

**HECHOS.**— A consecuencia de una doble inmatriculación SYSCO S.A. —propietaria según el Registro— edifica sobre una finca también inscrita a nombre de D. Saturio M. S. Interpone éste demanda ante el Juzgado con la que pretende se declare la nulidad del título de propiedad de SYSCO S.A., la de la declaración de obra nueva y división horizontal amén de la del préstamo que con garantía hipotecaria sobre varias de las fincas construidas SYSCO S.A. tiene concertado con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Reclama igualmente se condene a la demandada a devolver las parcelas sobre las que edificó libres de cargas con inclusión de lo edificado o, alternativamente, a abonar el valor de las parcelas con sus frutos más el de lo indebidamente construido sobre ellas. Desestimó el Juzgado la demanda. La Audiencia apreció de oficio la defectuosa constitución de la relación jurídica procesal y, sin entrar en el fondo del asunto, absolvió en la instancia revocando la sentencia del Tribunal inferior. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación que D. Saturio M. S. interpone. (R.G.S.).

41. *Inmatriculación por el procedimiento excepcional del artículo 205 LH. Suspensión de la fe pública registral: a. 207 LH.*— «... lo que quiere decir el artículo 207 señalado, es que el adquirente del inmatriculante al amparo del artículo 205 no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria, pues así cabe establecerlo de acuerdo con la doctrina científica y por la interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico; y ello por la potísima (sic) razón de que la fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) para poder operar es preciso adquirir en forma onerosa de titular inscrito con facultades para transmitir el dominio o derecho real de que se trate y es de lógica inquestionable que no puede pretenderse mejor condición para los títulos intabulados por el procedimiento excepcional del artículo 205 de la Ley Hipotecaria que los que fueron por los procedimientos ordinarios, pues como dice esa doctrina científica el artículo 207 es un resorte cautelar que emplea la Ley por la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional y prueba de ello es que el lapsó carencial establecido en el precepto:

atañe a los regulados en los artículos 205 y 206 del mismo texto sustantivo hipotecario...». (STS de 21 de enero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Promotora Florida S.A. interpone acción declarativa de dominio de una finca inmatriculada a nombre de los demandados en virtud del procedimiento que establece el art. 205 de la Ley Hipotecaria. La actora entiende que la finca está incluida en otra de mayor extensión aportada a la entidad mercantil por D. Aurelio Lerroux y Romo de Oca en pago de acciones que, con motivo de una ampliación de capital, había suscrito. D. Aurelio había adquirido el inmueble al aceptar la herencia de su tío y padre adoptivo D. Alejandro Lerroux. El incendio y destrucción del Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo durante la guerra civil impidieron acreditar la inscripción registral a favor del ilustre político. El Juzgado accede a la pretensión de la actora. La Audiencia rechaza la apelación de los demandados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación que éstos interponen. (R.G.S.).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

42. **Derecho transitorio.**— El procedimiento aplicable a la solicitud de efectos civiles de una sentencia de nulidad canónica, cuyo proceso estaba pendiente a la entrada en vigor del Acuerdo Jurídico de 1979 con la Santa Sede, es el que indica su Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>, que se remite al art. XXIV, 3.<sup>o</sup>, del Concordato de 1953.

«El procedimiento correspondiente» a que se refiere la D.A. 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>o</sup> de la Ley 30/1981 es el de menor cuantía.— «... el “procedimiento correspondiente” al que la misma se remite es el juicio de menor cuantía», «... donde con toda amplitud se pueden ventilar cuantas cuestiones suscite la ejecución a efectos civiles de la sentencia canónica». «... no hay que entender que “el procedimiento correspondiente” al que de manera indeterminada se remite la D.A. 2.<sup>a</sup> es el que resulte por la acción ejercitada (separación, divorcio o nulidad)».

**Prevalencia de la sentencia firme de divorcio frente a la nulidad canónica de fecha posterior.**— No se puede ejecutar la sentencia de nulidad canónica, al haber una sentencia firme de divorcio de fecha anterior, que habrá de respetarse por mandato del apartado 1 del art. 18 LOPJ. (STS 24 de septiembre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**— El ahora recurrente interpone demanda de nulidad matrimonial canónica. El proceso se encuentra pendiente de resolución firme a la entrada en vigor del Acuerdo Jurídico entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979. La esposa presenta demanda de divorcio, cuya sentencia firme es anterior a la canónica de nulidad. Posteriormente el marido solicita la eficacia civil de la resolución canónica por el cauce de la D.A. 2.<sup>a</sup> de la Ley 30/81, de 7 de julio. Ante la oposi-

ción de la esposa el Juzgado remitió a las partes al «procedimiento correspondiente», a tenor del párrafo 3.º de la citada D.A. 2.ª. El recurrente reiteró su pretensión mediante el procedimiento de menor cuantía. El Juzgado estima la excepción de inadecuación de procedimiento, por considerar que cuando dicha D.A. 2.ª habla del «procedimiento correspondiente», indica que se puede instar que se decrete la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, pero no volver a plantear la misma cuestión de la eficacia de una resolución eclesiástica. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. (G.L.V.).

**43. Rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores.**— Debe acogerse la acción de rescisión ejercitada por la entidad inicialmente demandante y ahora recurrente, en relación con las capitulaciones otorgadas por los precitados cónyuges, con base en haber sido otorgadas en fraude de acreedores, de modo que por su causa la referida entidad demandante no puede de otro modo cobrar lo que le es debido. (**Sentencia de 18 de julio de 1991**; ha lugar).

**HECHOS.**— Una empresa formuló demanda de menor cuantía en solicitud de nulidad y subsidiariamente de rescisión de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de acreedores. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, fallo que fue confirmado por la Audiencia Territorial. Prospera el recurso de casación, aunque dos magistrados de la Sala formulan un voto particular.

**NOTA.**— Se suscita de nuevo en esta sentencia el conocido problema del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales que motivan la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes más valiosos al cónyuge que no intervino en el negocio que dio lugar al surgimiento de la deuda.

La sentencia anotada considera pertinente el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, siguiendo el camino marcado por las sentencias de 30 de enero de 1986, 9 de febrero y 9 de julio de 1990. Esta doctrina, sin embargo, presenta el grave inconveniente que deriva del carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 Cc.), existiendo en nuestro Derecho un recurso legal, diverso de la acción rescisoria, que permite a los acreedores evitar el perjuicio: la aplicación de los arts. 1.317, 1.401 y 1.402 Cc., como recientemente ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1992, que se aparta, con buen criterio, de la sentencia que se anota, siguiendo el rumbo marcado por numerosas sentencias: las de 15 y 17 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 17 de noviembre de 1987, 25 de enero, 20 de marzo y 27 de octubre de 1989 y 5 de junio de 1990.

Los derechos adquiridos por terceros (acreedores) quedan protegidos por la inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial, de acuerdo con los mencionados arts. 1.317, 1.401 y 1.402 Cc. (A.C.S.).

**44. Reclamación de la filiación extramatrimonial.**— La acción de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial, planteada por la madre, en representación de su hija menor (vid art. 137 Código civil), se fundamenta en el art. 127 del mismo cuerpo legal, en cuanto que en dicho precepto se contempla como uno de los medios de prueba en los juicios sobre filiación, los biológicos, no llevados a cabo en el presente caso pese a que fueron oportunamente solicitados. Aunque omite la recurrente que, aparte de que por el demandado renuente a someterse a ella, no cabe sea impuesta al interesado sin afectar su derecho a resistir la práctica en su persona de un proceso de investigación biológico. La infracción procesal que con indefensión supone la recurrente acaece al no haber sido llevada a cabo e incluso denegada su práctica en apelación, no puede servir a los fines de la casación en cursos con la consiguiente claudicación del motivo, ya que, como en su informe pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, el auto denegatorio de prueba dictado por la sala de apelación quedó, firme, al no haberse impugnado en súplica como prevé el art. 867 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que por tanto se agotasen las posibilidades defensivas en la instancia. Todo ello al margen de que, como las sentencias del juzgado y la sala de apelación evidencian, se practicaron por los órganos de instancia la oportuna valoración del resto de las probanzas practicadas (**Sentencia 23 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.— Dictada sentencia por la Sección decimosexta de la Audiencia de Barcelona que, al confirmar la apelada procedente del juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, desestimó la demanda de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial interpuesta por la recurrente en representación de su hija —menor de edad—, contra dicha resolución se interpuso por aquélla el recurso que, bajo el n.<sup>o</sup> 3 del art. 1.692, se denuncia la inaplicación en la instancia del art. 127 del Código civil (F.L.L.Y.).

**45. Investigación de la paternidad.**— El art. 135 del Código civil complementado con el art. 127, ponen a disposición del juzgador una absoluta libertad de medios probatorios, en orden a la investigación de la paternidad, autorizando toda clase de pruebas tendentes a dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 39 del texto constitucional; pero de eso a limitar, indicar o tratar de reconducir el proceso apreciativo, que corresponde decidir al Tribunal, indicando la forma que a juicio de la parte litigante resulta más conveniente para el éxito del proceso, va un largo camino. El procedimiento civil se rige por dos principios, el dispositivo y el de rogación, a las partes litigantes corresponde proponer la práctica de aquellas pruebas que entiendan son las más idóneas para el descubrimiento de la verdad formal y material, y al juzgador le compete la apreciación y valoración del acervo probatorio; pudiéndose afirmar que, en el ejercicio de estas reglas no existe inconstitucionalidad de clase alguna. (**Sentencia 18 de febrero de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.— En la sentencia recurrida la Sala de apelación efectúa una correcta valoración de la prueba pericial, la complementa con la estimación de ciertas pruebas antropomórficas y testificales, y llega a una conclusión, que está revestida de todos aquellos elementos formales y materiales que la hacen suficiente para ser mantenida en este recurso. A

mayor abundamiento, si bien es cierto que está reconocida la posibilidad de la sanción casacional respecto a la prueba pericial, en aquellos casos extremos de ser manifiestamente arbitrario, ilógica o inverosímil, o lo que es lo mismo, contraria a las reglas de la sana crítica, esta calificación no es imputable en el caso que nos ocupa a un Tribunal que reconoce la paternidad respecto a una persona cuando en ella existe la probabilidad de serlo en un 98,95% (F.L.L.Y.).

46. *Reclamación de la filiación.*— El no sometimiento a las pruebas heredobiológicas no es significativo de «ficta confessio», por el contrario unido a los demás elementos probatorios aportados al proceso es significativo de un serio indicio conducente al reconocimiento de la filiación reclamada, según tiene reiteradamente declarado esta sala, entre otras 24 de marzo, de 18 y 28 de mayo, de 20 de julio y 26 de noviembre de 1990, ya que el derecho a la intimidad constitucionalmente recogido, no es determinante de no posibilitar la prestación de elementos probatorios que de serlo, perjudicarían el derecho de otra persona, pues que ello, aparte de ir contra la lealtad procesal, alteraría el evidente derecho que tiene todo ser engendrado a que se determine adecuadamente su adscripción paternal (*Sentencia 25 de enero de 1992; no ha lugar*).

HECHOS.— Se plantea en el presente recurso, al amparo del n.º 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los motivos segundo y tercero, en los que el recurrente (pretende sin éxito) encauzar su pretensión a través de una interpretación errónea del art. 1.214 del Código civil, en base al cual, —según criterio del precitado recurrente, se debe invertir la carga de la prueba al no haberse probado suficientemente ninguno de los supuestos del art. 135 del Código civil.

Ahora bien, sin embargo el ponente en el recurso de casación para llegar a su conclusión, tuvo en cuenta, fundamentalmente en los fundamentos de derecho de la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia y concretamente en apreciaciones testificales entendidas como reveladoras de la realidad de íntimas relaciones entre «la demandante y el demandado», y singularmente en la circunstancia a la resistencia con que se ha producido dicho «demandado» a someterse a pruebas heredo-biológicas, a fines de filiación, generante todo ello, en su apreciación valorativa probatoria conjunta, de firmes presunciones de la paternidad del demandado (F.L.L.Y.).

## III. DERECHO MERCANTIL

47. *Propiedad Industrial. Modelo Industrial: Nullidad por carencia de novedad. Criterio legal de novedad aplicable a los modelos industriales.*— De novedad habla el Estatuto de la Propiedad Industrial a propósito de las patentes en su artículo 49, y en este precepto se establece que «se considerará nuevo, a los efectos de este Estatuto, lo que no sea conocido ni haya sido practicado en España ni en el extranjero». Y en el artículo 174, a propósito de modelos de utilidad, dice que «no podrán ser objeto de modelo de utilidad... los que sean divulgados o hayan sido practicados en España».

Para los modelos industriales se exige también la novedad, y a ello se refieren los artículos 183.1.º y 188.3.º disponiendo éste que procede denegar la concesión de los modelos industriales que carezcan de novedad. Pero el Estatuto, que fija para las patentes el principio de novedad absoluta y para los modelos de utilidad el de novedad relativa (referida solamente a España), nada específico señala para los modelos industriales.

Esta Sala ha tenido ocasión de manifestarse en la sentencia de 10 de abril de 1966 y, para suplir la carencia de definición de novedad de los modelos industriales, se pronuncia por acudir a la establecida en el artículo 49 del Estatuto.

Este criterio es el reiterado por la Sala en la sentencia de 30 de octubre de 1986 y el sostenido por la mejor doctrina.

**Diferencia entre los signos distintivos y los modelos industriales.**— (...) los argumentos del recurrente que propugnan la equiparación de los modelos industriales a los signos distintivos carece de fundamento, bastando señalar que estos últimos son renovables. (STS de 7 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— La parte actora, mediante demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre propiedad industrial, dirigida contra «Rejillas y Cierres, S.A.», solicitó que se declarara la titularidad que a la misma correspondía sobre el Modelo de Utilidad y el Modelo Industrial objeto de la litis. En primera instancia, el Juez estimó la demanda en todas sus partes. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Oviedo revocó parcialmente la sentencia recurrida, pues estimó la demanda formulada por el actor en lo referente a la protección derivada del Modelo de Utilidad, pero la desestimó en lo relativo a la protección del Modelo Industrial por entender la Audiencia que su nulidad venía dada por su ausencia de novedad. El demandante formula recurso de casación limitado a este último pronunciamiento, que el Tribunal Supremo no estima. (A.R.M.).

**48. Consorcio de Compensación de Seguros. Naturaleza.**— El Consorcio de Compensación de Seguros es una auténtica persona jurídica, con plena capacidad de obrar, según le atribuye el artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954; completada por las siguientes disposiciones: Ley 33/1984, Real Decreto Legislativo 1.255/1986, y la Ley 21/1990 de 19 de diciembre que adapta al derecho español la Directiva 88/357 (CEE); sin que sea admisible alegar que estas normas son posteriores al evento del que deriva la responsabilidad del Consorcio, cuestión ésta, que no ha sido alegada.

**Legitimación pasiva.**— Dicho Consorcio tiene legitimación pasiva como le atribuye el artículo 4.2 de la Ley 33/1984, al decir «quedará sometida en su actividad a la Ley de Contratos de Seguros y a la jurisdicción civil».

**La obligación hace de la Ley.**— Al nacer la obligación del citado organismo, no de un contrato, sino de la ley, no puede alegarse vulneración del artículo 1.257.1 del Código civil como reconoce dicho cuerpo legal en

el artículo 1.090. Por ello, la obligación se ajustará en cada caso a lo que la legislación aplicable establezca. (STS de 20 de enero de 1992. No ha lugar).

**HECHOS.**— El recurrido M.E.T. demanda al Consorcio de Compensación de Seguros la correspondiente indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la inundación del río Segre.

El Juez de Primera Instancia condenó al demandado al pago de la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial confirmó totalmente la Sentencia. No prosperó el recurso de casación. (I.D.L.).

**49. Impugnación de la convocatoria.**— Es desestimable, por razón de la buena fe, la impugnación de la convocatoria de una Junta por el socio que asistió a ella y votó algún acuerdo sin denunciar al inicio de las sesiones la ilegalidad de su constitución.

**Acuerdo de incremento de capital con emisión de acciones.**— Es nulo el acuerdo de emisión de acciones cuando no estén totalmente desembolsadas las series ya emitidas con anterioridad, salvo que se supedite a este evento la validez del acuerdo. (Nota 1).

**Convocatoria de la Junta General de la S.A.**— La Junta General ordinaria debe convocarse conforme a lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas o, de lo contrario, serán nulos sus acuerdos por contravenir la norma imperativa. No obstante, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se considera válidamente constituida la Junta en que estuviere representada la totalidad del capital y que cuente con el acuerdo unánime de los socios de constituirse en Junta. Por tanto, no podrá fundarse en defectos de convocatoria la nulidad de los acuerdos tomados estando presentes o debidamente representados todos los socios.

**Representación en la Junta.**— Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, es válida la representación en Junta no convocada cuando se presente conformidad escrita del representado constando que conocía el propósito de constituirse en Junta y el orden del día.

**Entrega de letra y pago: momento del desembolso.**— La entrega de la letra no equivale al pago (art. 1.170 C.c.), sino que es expresión del modo en que éste se realizará. Entregadas las letras correspondientes a las acciones emitidas en series anteriores y antes de su vencimiento, se considera que dichas acciones no están aún totalmente desembolsadas. (STS de 17 de febrero de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**— Don Manuel G.R. interpuso demanda frente a la entidad Casino Group S.A., solicitando la declaración de nulidad de los acuerdos tomados en Junta General de 19 de julio de 1988 por ser ilegal su constitución. Subsidiariamente demandó la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo sexto, por el que se había aprobado una

ampliación de capital cuyo plazo máximo de suscripción expiraba antes del vencimiento de algunas de las letras correspondientes al pago de acciones emitidas anteriormente. En Primera Instancia se desestimó la demanda. La Audiencia desestimó el recurso. El Tribunal Supremo desestimó la demanda principal y estimó la procedencia de la declaración de nulidad del acuerdo sexto por ser contrario a la prohibición del artículo 89 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

NOTA.— Es de aplicación al caso la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Respecto a las modificaciones introducidas por el nuevo T.R.L.S.A. que, de haber sido aplicable, pudieran afectar a su resolución, cabe señalar el párrafo que se añade al artículo 89 —correspondiente al actual artículo 154— según el cual se admite el acuerdo de aumento de capital «si existe una cantidad pendiente de desembolso (de emisiones anteriores) que no exceda del tres por ciento del capital social». (C.J.D.).

**50. Representación en Junta General de la S.A.**— Se entiende tácitamente revocada la relación jurídica de representación en Junta General cuando asiste a la misma el titular de las acciones. La no admisión del representante en la Junta en tal caso no implica una privación al accionista de su derecho al voto y por tanto no hace ilegal la constitución de la Junta ni son nulos los acuerdos tomados. (STS de 25 de febrero de 1992; ha lugar).

HECHOS.— Carvasa de Valores S.A. convocó Junta General extraordinaria, a la que acudió la Sra. de Orive (como titular de 10.000 acciones) con su representante, Sr. Zarauz (por otras 10.000 acciones de la misma Sra. de Orive). Al inicio de la sesión, se privó al Sr. Zarauz de su asistencia a la Junta en calidad de representante. La Sra. de Olive demandó la declaración de nulidad de los acuerdos tomados por entender que la Junta fue constituida ilegalmente al privarle de su derecho de asistencia. En Primera Instancia se estimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia recurrida. En casación hubo lugar.

NOTA.— Sin perder de vista que en este caso es aplicable la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y dada la ausencia en ella de una norma que se adapte al supuesto, en casación se optó por el mismo criterio que sienta el nuevo TRLSA (art. 160.3), según el cual «la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación» (de la representación). (C.J.D.).

**51. Responsabilidad del administrador de una sociedad de Responsabilidad Limitada frente a un acreedor de la sociedad, al omitir actuación alguna ante la crisis del ente social.**— «... dicho administrador único (...) al omitir cumplir con las facultades, que ante el evento producido en el ente social, generante de grave crisis económica que le impedían atender a sus obligaciones económicas con relación a terceros acreedores, crea en su contra, (...) una evidente negligencia grave, conducente a la personal responsabi-

lidad, que previenen los párrafos segundo y tercero del art. 13 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre sociedades de Responsabilidad limitada, de aplicación en el ámbito temporal en el presente caso, porque negligencia grave es mostrarse dicho administrador inactivo ante las dificultades económicas producidas en el ente social administrado, posibilitando con ello que se atendiesen unos créditos en su totalidad dejando de hacerlo ni en todo ni en parte con otros en el supuesto ahora contemplado...».

«... en todo caso, la responsabilidad de promover la actuación social para adoptar tal acuerdo de disolución o reconstruir el patrimonio social, para, a través de una liquidación ordenada, garantizar los derechos paritarios de los acreedores (...) incumbía al referido administrador (...) generando con ello el perjuicio sufrido por el demandante...» (STS 26 de diciembre de 1991; ha lugar).

**HECHOS.**— El demandante, ahora recurrente, entrega a una sociedad una porción indivisa de un solar, a cambio de un piso, que posteriormente es embargado y ejecutado por un acreedor de la sociedad. El recurrente no puede cobrar cantidad alguna puesto que, la sociedad ha dejado de funcionar y carece de patrimonio al haber sido embargados sus bienes por la Seguridad Social. El administrador demandado reconoce mediante confesión judicial que la sociedad nunca ha solicitado la suspensión de pagos o la quiebra, ni haberse preocupado él mismo por su disolución jurídica. (G.L.V.).

### III. DERECHO PROCESAL

**52. Las diligencias para mejor proveer no pueden ser objeto de casación.**— Al amparo del artículo 1.692 párrafo 1.º de LEC, no es admisible alegar la inadecuación de una diligencia para mejor proveer, pues dicho párrafo se refiere exclusivamente a aspectos jurisdiccionales y no a las facultades de un juez con plena jurisdicción.

El que se haya acordado una diligencia para mejor proveer por el juez de instancia, no puede ser alegada en casación (STS de 3 de octubre de 1988), sin que quepa tampoco ser alegada como motivo de recurso, pues se practica a iniciativa del órgano jurisdiccional y queda fuera del principio dispositivo de las partes.

**Medios de Prueba: Valoración.**— La valoración de prueba por el juez no puede ser considerada violación de la igualdad jurídica, ni abuso de jurisdicción (STS de 20 de octubre de 1988). La valoración de los medios de prueba o elementos demostrativos no es lícito realizarla de forma aislada, sino todos ellos en su conjunto; siendo además, el Tribunal soberano en su valoración salvo que sea ilógica o contraria a las máximas de la experiencia. Para desvirtuar una presunción, en que se basa una sentencia, es necesario impugnar tanto el hecho base por vía del artículo 1.692 prf. 4.º como la incorrecta deducción por vía del prf. 5.º de dicho artículo, ya que la conjunción vulneraría el artículo 1.707 de la LEC (STS de 21 de septiembre de 1991. No ha lugar).

**HECHOS.**— La demandante se comprometía a suministrar a la demandada-compradora, una determinada cantidad de harina de soja en seis entregas mensuales. Incumpliendo la compradora su obligación de retirarlos, procede la vendedora-demandante a su enajenación por un precio inferior, demandando a la compradora por los daños y perjuicios como consecuencia de la diferencia de precios. (I.D.L.).

**53. Pruebas directas e indirectas de la simulación del contrato.**—

Cierta es la evidente dificultad que encierra el conseguir una prueba plena de la simulación contractual, que desvirtúe la presunción establecida en el artículo 1.277 del Código civil, pero no es menos cierto que pueden utilizarse cualquiera de los medios que recoge el artículo 1.215, y en especial la prueba indirecta de presunciones, para llevar a la convicción del juzgador la falta de veracidad del contrato, y la ausencia en el mismo de causa, con lo que entraría en juego el artículo 1.275 del Código civil. Pero, en ausencia de unas pruebas directas de simulación, son necesarias unas bases objetivas de las que hacer partir la operación deductiva, y mediante el enlace preciso y directo que exige el artículo 1.253, llegar a la conclusión probatoria, y todo ello sin faltar a las reglas lógicas del criterio humano.

**Prueba documental de la condición de tercero en la tercería de dominio sobre bienes embargados.**— Aunque la Jurisprudencia viene admitiendo cualquier clase de prueba idónea para demostrar el dominio, también tiene declarado que el documento privado presentado en apoyo de una tercería sobre bienes embargados, sólo puede tener eficacia frente a terceros desde la fecha que precisa el artículo 1.227 del Código civil. El documento privado de compraventa no puede ser tenido en cuenta, pues no aparece refrendado o completado por ningún otro documento probatorio válido, circunstancias de validez que no concurren en las certificaciones del ayuntamiento referidas al pago de impuestos y apertura del negocio, ya que al ostentar el comprador la condición de arrendatario del negocio, bien pueden referirse a su relación arrendaticia y no a la dominical. Tampoco por la escritura pública posterior, al no constar en ella la ratificación o elevación a rango superior del pretendido contrato privado.

**Determinación del momento de adquisición de la condición de tercerista: fecha del embargo o fecha de la anotación preventiva de embargo.**— Hay que establecer como momento de partida la fecha en que se realizó el embargo causante de la posible privación posesoria e, incluso, de la propiedad del bien embargado, por ser éste el momento en que se produjo la decisión perturbadora. Por naturaleza, la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba, y, en consecuencia, debe levantarse esta restricción. Así pues, sólo en el caso de que la anotación preventiva del embargo tuviesen naturaleza constitutiva, habría de tenerse en cuenta la fecha de la inscripción registral, en cualquier otro caso, la práctica de la diligencia judicial tiene virtualidad por sí misma, y este acto constituye el objetivo de la reclamación del tercerista.

**Naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo.**— La anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 43.2 de la Ley Hipotecaria, lo que permitiría pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aún sin aquel asiento, debiendo tener en cuenta el juzgador, en cada caso concreto, más que al aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como acto constitutivo o meramente complementario, las circunstancias de las personas interesadas, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del embargo, ni el deudor, ni quienes con él contrataran, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, y todo ello, sin perjuicio de proteger, en otro caso, al adquirente de buena fe que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales, actuándose en este supuesto a través del instituto del tercero hipotecario. La garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados, y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica preexistencia. (STS 7 de enero de 1992).

**HECHOS.**— Con fecha 15 de enero de 1984, mediante documento privado, alegan los demandantes, que adquirieron el local dedicado a cafetería del que eran arrendatarios. En este documento no se hizo constar el carácter de compraventa del pretendido contrato. El 24 de octubre de 1986 tuvo lugar el embargo del local por parte del Banco Exterior de España, ahora demandado. El 3 de noviembre del mismo año, el vendedor-arrendador otorga escritura pública de venta del local a favor de los demandantes. El mandamiento de embargo fue anotado en el Registro con fecha de 17 de noviembre de 1986 y la escritura de venta fue inscrita el 20 de mayo de 1987. Los demandantes interponen demanda sobre tercería de dominio que es estimada en la Primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por el Banco Exterior de España, la Audiencia la estima y declara no haber lugar a la tercería de dominio y la nulidad por simulación del contrato de compraventa. En casación el Tribunal Supremo declara HABER LUGAR AL RECURSO interpuesto por los demandantes, casando y anulando la sentencia recurrida en cuanto a la simulación del contrato de compraventa y manteniendo íntegros los restantes pronunciamientos. (G.D.-P.G.).

**54. No intervención en el juicio de tercería de dominio de personas distintas del ejecutante, ejecutado y tercerista. Esencia y naturaleza de la tercería.**— «... según previene el artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las tercerías se sustanciarán con el ejecutante... y el ejecutado... y tercerista persona jurídicamente distinta de aquellos..., cual previene la sentencia de 2 de julio de 1968, todos ellos intervinientes en el juicio de tercería de que se trata, de tal manera que no es posible la intervención en él de otras personas, incluso ni tan siquiera, como establece la sentencia de 6 de abril de 1949, el rematante en el procedimiento de apremio; si bien quedan a salvo, en todo caso, los derechos que terceros, distintos de dichos terceristas, ejecutante y ejecutado, pudieran tener sobre los bienes cuestionados, puesto que la esencia

y naturaleza de la tercería de dominio es simplemente, como se deduce del contexto del artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el de determinar si el dominio alegado por el tercerista es preferente al del deudor a quien le hayan sido embargados bienes, tendiendo, en consecuencia, según tiene reconocido la sentencia de 13 de diciembre de 1982, a obtener mediante la prueba de la titularidad del bien a favor del tercerista, el alzamiento del embargo obtenido por un acreedor, sin posibilidad, cual proclama la sentencia de 4 de enero de 1954, si deben ser preferentes otros créditos».

**Indole reivindicatoria de la tercería.**— «... siendo la tercería de dominio el ejercicio de una acción que implica índole reivindicatoria, y por ello el tercerista tiene que justificar cumplidamente la propiedad de los bienes embargados, generando por tanto que quien la promueva presente un título de dominio eficaz para demostrarlo, como establece la sentencia de 8 de abril de 1930...».

**La titularidad dominical como presupuesto de la tercería. Carga de la prueba.**— «... como indica la sentencia de 21 de junio de 1982, la titularidad dominical es presupuesto inexcusable para el éxito de la acción de tercería de dominio, que impone al tercerista, según la sentencia de 22 de junio de 1982, la carga de la prueba de su dominio sobre los bienes, lo que indudablemente comporta valorar adecuadamente, como se ha hecho en la sentencia recurrida, el alcance y eficacia del título aportado por el tercerista, pues de no ser así no sería posible comparar el mismo con el del ejecutado, que es precisamente la esencia motivadora del juicio de tercería de dominio...».

**La oposición a la justificación dominical del tercerista no requiere reconvencción por parte de quien se opone.**— «... si, como queda dicho, es el tercerista quien tiene que justificar el dominio que invoca con prevalencia al ejecutado, la oposición que se realice a esa justificación dominical en manera alguna requiere una actividad del opositor por vía de reconvencción...».

**Inidoneidad del contrato otorgado con fraude de ley para fundamentar una tercería de dominio.**— «... la Sala sentenciadora... para llegar a la solución que acoge, de desestimación de la acción de tercería de dominio, lo hace por entender que todo el comportamiento de los terceristas, al otorgar el contrato privado de compraventa en que fundamenta aquella acción..., lo fue con fraude de ley, no autorizado con base en lo normado en el número 4 del artículo 6 del Código civil, puesto que dicho contrato de compraventa... pese a su apariencia de legalidad viola el contenido ético de precepto legal eficaz para generar título contrario al que ampara el crédito afectado por el embargo en cuestión, generador de fraude de ley según tiene declarado esta Sala en sentencias de 6 de febrero de 1957 y 1 de abril de 1965; y cuyo fraude es precisamente desplazar la prioridad del tan referido crédito laboral con relación a otros créditos, originando por ello la no acogida de lo pretendido por los demandantes ahora recurrentes, y más habida cuenta la normativa contenida en el artículo 11-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admonitiva del rechazo por los Jueces y Tribunales de las pretensiones formuladas con abuso de derecho». (STS 19 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— Con motivo de un incendio, las instalaciones industriales de Carpintería Arambarri, S.A. quedaron arrasadas. Este evento dio lugar a un expediente de regulación de empleo con la consiguiente extinción de las relaciones jurídico-laborales de los trabajadores integrantes de la plantilla. Pocos días después y según consta en documento privado, D. F. Arambarri, en nombre y representación de la sociedad, vende a su hermano D. J. M. Arambarri la maquinaria de la empresa salvada del incendio. Por otra parte y a consecuencia de una serie de procedimientos instados por los trabajadores, la Magistratura de Trabajo embarga la referida maquinaria. En plena vía de apremio y subrogado el Fondo de Garantía en los derechos de los trabajadores se interpone la demanda de tercería de dominio basada en el contrato privado de compraventa. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia estima la apelación revocando la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

**55. Tercería de mejor derecho: Anotación preventiva, no modifica la situación jurídica del crédito.**— «... de forma que los créditos contraídos o los actos dispositivos otorgados con anterioridad no resultan afectados por la anotación». El art. 1.923.4 Cc no concede preferencia al crédito preventivamente anotado en el Registro de la Propiedad sobre el de fecha anterior por la mera circunstancia de haber anotado antes.

**Crédito singularmente privilegiado: Cómputo de los plazos de prescripción señalados en art. 59, en relación con art. 32 n.º 6 del Estatuto de los trabajadores.**— «Cuestión doctrinalmente resuelta, al menos desde la Sentencia de 22 de septiembre de 1987, en la que quedó establecido que el plazo de un año señalado en los preceptos legales citados, está referido al ejercicio de la acción de reclamación, que empezará a contar desde el momento en que debió percibirse el salario o el concepto sustitutivo del mismo y se agota con su ejercicio ante la Magistratura de Trabajo, con lo que, como dice la Sentencia de 25 de enero de 1991, una vez formulada la demanda dentro de plazo (...) ante los Tribunales competentes la preferencia queda definitivamente unida al crédito». (STS 12 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**— En un pleito de tercería de mejor derecho, se suscita la colisión entre un crédito singularmente privilegiado y otro crédito de fecha posterior, pero anotado antes en el Registro de la Propiedad. El recurrente alega alternativamente la prescripción del plazo para ejercitar el derecho de preferencia del crédito salarial. (G.L.V.).

**56. Arbitraje. Pacto arbitral (Ley de 22 de diciembre de 1953).**— Sólo es válido y eficaz cuando se cumplen los requisitos legales y convencionales (STS de 10 de abril de 1991). La doctrina de esta Sala exige, para que dicho pacto impida la intervención de Jueces o Tribunales, no el mero contrato preliminar de arbitraje, sino la escritura de compromiso formalizada judicial o voluntariamente, con arreglo a la Ley 22 de diciembre de 1953; si falta dicho compromiso queda abierta la vía judicial ordinaria.

**Medios de prueba: Documental. Confesión.**— No pueden ser considerados como documentos propiamente dichos, ni las actuaciones procesales ni las diligencias de reconocimiento judicial. No se puede incorporar la totalidad de la prueba documental para mostrar un error de prueba, la casación no es una tercera instancia.

El valor de la confesión ha de ser puesto en relación con los demás, sin que por sí sólo desvirtue las apreciaciones y valoraciones de esta Sala.

**Cláusula «Rebus sic stantibus». Requisitos.**— Se exige para su admisión que concurren incidencias circunstanciales extraordinarias, alteraciones profundamente sustanciales, imprevisibilidades de notoria magnitud, o desbordante desproporción de pretensiones. (**Sentencia de 23 de diciembre de 1991**. No ha lugar).

**HECHOS.**— Dos empresas celebran un contrato de suministro de gas el 4 de noviembre de 1985 estableciendo en una de las cláusulas que para la interpretación del contrato, en caso de desacuerdo, se someterían a arbitraje de equidad. Con posterioridad la empresa suministrante decide cortar el suministro alegando «alto riesgo» dado el estado en que se encuentra la línea de conducción de gas entre ambas empresas, y considerando que existe discrepancia en la interpretación del contrato y que ésta debe ser resuelta mediante conversaciones entre las partes, y, en caso de desacuerdo, en arbitraje de equidad. Sin embargo, la demandante (empresa suministrada) reclama cumplimiento del contrato por la demandada (empresa suministrante), o subsidiariamente la resolución, con las consecuencias inherentes a tales pronunciamientos, relativos al resarcimiento de daños y abono de intereses. El juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estima el recurso formulado por la entidad demandante. (I.D.L.).

**57. Recurso extraordinario de revisión. Motivos: Maquinación fraudulenta, concepto.**— (...) en el juicio de cognición el recurrido, según confesó, no hizo gestión alguna para averiguar el domicilio del entonces demandado, junto con otras personas; consiguiendo a través de la citación por edictos que aquél no se enterase de la tramitación de tal proceso y que se llegase a una sentencia estimatoria de la demanda. (...) De todo lo expuesto se deduce una maquinación fraudulenta, consistente en haber ocultado el demandado (entonces demandante) el planteamiento del litigio, aduciendo desconocer el domicilio de la parte actora (entonces demandada) e interesando su emplazamiento por edictos, a los fines de que se sustancie el juicio en rebeldía, como así ocurrió, sin que ese demandado compareciese a defender sus derechos, lo que constituye, según la sentencia de 25 de junio de 1990 y otras muchas, una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que se refiere el n.º 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocado por el recurrente (...). (**STS de 16 de diciembre de 1991**; ha lugar).

**HECHOS.**— Don P. R. A. formuló demanda de recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada en juicio de cognición por

el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Santa Cruz de Tenerife en la que se declaraba la nulidad de un contrato de compraventa de inmueble en el que el recurrente intervino como vendedor y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife como comprador. El solicitante de la revisión no tuvo conocimiento de la demanda interpuesta contra él en primera instancia por el hoy recurrido al haber sido citado por edictos y sin hacer gestión alguna para averiguar su domicilio. Es procedente el recurso. (A.R.M.).