

CRONICA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

ELSA SABATER BAYLE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

1. STSJ 9-6-1990: COMPRAVENTA SIMULADA FORMALIZADA EN ESCRITURA PUBLICA. CESION DE CONTRATO EX LEY 513 FN DONACION NULA POR FALTA DE FORMA (LEY161 FN)

La cuestión debatida en esta Sentencia versa sobre el carácter que deba atribuirse a una escritura notarial de compraventa en la que figura como compradora una hermana de quien ocho años antes compró la finca en documento privado, pagó el precio y tomó posesión de ella, habiendo autorizado verbalmente pocos días antes de su fallecimiento la escrituración del contrato a nombre de su hermana.

La hija del difunto propietario reivindica la propiedad del inmueble frente a la presunta compradora y hermana del fallecido, solicitando la nulidad de la escritura pública por simulación –falta de causa y de precio– y consiguiente cancelación de las inscripciones registrales posteriores; tesis a la que se opone la presunta compradora alegando, primeramente, que la escritura de compraventa encubría una válida donación, y en el recurso de apelación, que se trataba de una cesión del contrato de compraventa originario.

Pese a la introducción en el proceso de una cuestión nueva –en parte propiciada por el juez *a quo* cuya sentencia contiene pronunciamientos sobre la cesión de contrato no invocados por la demandada en el escrito de contestación (aunque *a mayor abundamiento*), declara el TSJ que no se aprecia en el fallo el vicio de incongruencia,

pasando a centrar sus razonamientos en la figura de la cesión de contrato.

Entre las modalidades de traspaso de la titularidad contractual en los negocios antes de su consumación –declara el TSJ– se encuentran las figuras del *contrato para persona a designar* (recogida en los arts. 1401 a 1405 del C.c. italiano y en la ley 514 del FN) y la de *cesión de contrato* (a su vez reconocida en los arts. 1406 a 1410 del C.c. italiano y en la ley 513 del FN). La introducción en el Ordenamiento de dichas figuras es fruto de una evolución que arranca de la admisión de la *cesión de créditos* (por exigencia del tráfico mercantil) y posteriormente de la *asunción de deuda* en época más reciente. Numerosos preceptos contemplan actualmente supuestos concretos de cesión de contrato: así el art. 44 ET, art. 29 LAU, art. 46 LSA... y otros propios del ordenamiento navarro que se relacionan.

La figura del *contrato para persona a designar* –añade el TSJ– requiere como elementos esenciales la previsión, en el momento perfecto del contrato, de la futura aparición de un tercero que ocupe la posición de contratante, así como la fijación de un plazo para la designación del mismo; elementos que no se dieron en el caso, por lo que no le resulta aplicable la ley 514 del FN. A su vez, la *cesión de contrato* exige que el contrato perfecto se encuentre pendiente de ejecución, por lo que el TSJ no descarta apriorísticamente la aplicabilidad al supuesto de la ley 513 del FN –tal y como a *mayor abundamiento* había declarado el juez *a quo*– pasando a desvelar si las obligaciones pendientes de cumplimiento (pago de impuestos y gastos de otorgamiento de escritura e inscripción registral atribuidas a la *compradora* en la cláusula 4.ª de la escritura controvertida) pudieran integrar las *relaciones pendientes* a las que se refiere la ley 513 sobre cesión de contrato.

Concluye la sentencia que tales obligaciones pendientes tienen *cierta importancia* dado que a ellas aluden en concreto las leyes 490.2 y 574 del FN (que se invocan como infringidas en el motivo de casación), pero operan con carácter accesorio de la obligación principal en el contrato de compraventa (que es la transmisión de la propiedad). Entiende el Tribunal que no se produjo en el caso la cesión del contrato de compraventa originario, toda vez que, a la fecha de la escritura, aquél se encontraba ya consumado, dado que el comprador en documento privado había tomado posesión del inmueble en concepto de dueño, usándolo como tal largos años (ley 355 del FN),

e inscribiéndolo a su nombre en el Catastro municipal. Por ello, lo único que pudo transmitir a su hermana el dueño fue la propiedad de la vivienda, pero no el contrato de compraventa mediante el que él había adquirido la finca, al haber sido consumado en la fecha de la escritura, por lo que no pudo ser objeto de cesión. Tampoco –añade la Sentencia– se produjo en el caso una donación encubierta, ya que habría que declararla nula por falta de forma conforme a la ley 161 del FN.

2. TSJ 13-6-1990: NULIDAD DE TESTAMENTO NOTARIAL POR FALSEDAD DE FIRMA Y POR FALTA DE ATRIBUCION DE LA LEGITIMA FORAL

La Sentencia desestima el recurso interpuesto por el hermano de la otorgante de un testamento notarial sujeto al régimen foral navarro, alegando en primer lugar la nulidad por falsedad de firma, y –como cuestión nueva– la de su nulidad *ex* leyes 188 y 271 en relación con las 267 y 268 del FN por no contener institución de los herederos en la legítima foral, entre otros extremos.

La primera de dichas alegaciones es rechazada tras un largo razonamiento –que ocupa los siete primeros Fundamentos de la Sentencia– en el que el TSJ pone de relieve que la prueba aportada para demostrar la supuesta falsedad de firma –consistente en un informe pericial obtenido en anterior causa penal por presunto delito de falsedad en documento público– no tiene la condición de documento a efectos de casación por lo que el motivo hubo de ser interpuesto por la vía del n.º 5 del art. 1692 de la LEC en lugar del n.º 4 utilizado en el recurso. Mas, incluso superando un obstáculo formal, en aplicación del principio consagrado en el art. 24 de la Constitución, entiende el Tribunal que la prueba aportada por el demandante no acredita indubitadamente la supuesta falsedad de la firma del testador. Concorre a este resultado desestimatorio el fracaso de la alegada infracción de los arts. 340 y 874 de la LEC, por entender el impugnante que los juzgadores de instancia debieron acordar diligencias de mejor proveer a los efectos de obtener el esclarecimiento de los hechos; alegación que decae en atención al carácter facultativo, y no obligatorio, que confiere al juez la expresión *podrán* contenida en la citada norma procesal.

En cuanto a la alegación acerca de la omisión de toda referencia a la legítima foral como causa de nulidad del testamento, destaca la

Sentencia que fue justamente rechazada por haber sido formulada extemporáneamente, si bien entra a su consideración en atención a diversas razones, confirmando en este extremo el pronunciamiento emitido por la Audiencia, en el sentido de negar la exigencia de la institución de legítima foral cuando no existen hijos o descendientes legitimarios, como ocurría en el caso (en interpretación de la ley 268 del FN). Por otra parte –se añade– la ley 271 del FN sólo confiere legitimación activa para ejercitar la acción de preterición al legitimario preterido o a sus herederos, condición de la que carecen los demandantes y recurrentes en relación con la persona del testador.

Finaliza la Sentencia con unas consideraciones en torno a la incongruencia en que pudo incurrir el fallo de la Audiencia al acoger una excepción –de falta de legitimación activa del demandante– rechazada previamente en la Sentencia de instancia, cuya firmeza se produjo al no haber sido reiterada en el recurso de apelación.

**3. STSJ 26-1-1991: FIANZA OTORGADA POR CONYUGE
 NAVARRO CASADO BAJO REGIMEN DE CONQUISTAS.
 AFECCION DE LOS BIENES COMUNES: REQUISITOS PARA
 APLICACION DEL PARRAFO 2.º DE LA LEY 61 DEL FN
 (CONSENTIMIENTO DEL CONSORTE Y CUALIDAD
 DE TERCERO EN EL DEUDOR AFIANZADO).
 FIANZA OTORGADA ANTES DE LA REFORMA OPERADA EN EL
 FN POR LEY FORAL 5/1987, DE 1 DE ABRIL. EJECUCION
 DIRECTA Y SUBSIDIARIA SOBRE BIENES DE CONQUISTA
 POR DEUDAS PRIVATIVAS DE UN CONYUGE**

La Sentencia del TSJ gira en torno a una *póliza de afianzamiento recíproco de operaciones mercantiles* suscrita en 1984 por tres hermanos, casados en régimen de conquistas, en propio nombre y en el de dos sociedades, en favor de la entidad *Caja Rural*, para garantizar el buen fin de todas las operaciones crediticias concedidas hasta entonces o en el futuro a favor de ellos mismos, así como de las aludidas sociedades, que habían sido constituidas para la explotación de un negocio familiar de carácter agrario, y de las que todos ellos, junto con sus respectivas esposas, eran partícipes.

Por consecuencia del descubierto producido en la cuenta corriente personal de uno de los hermanos, a resultas de un crédito concedido por la *Caja Rural* cuyo destino y aplicación no consta en autos

que redundara en beneficio de los patrimonios consorciales –hecho del que la Sentencia de la AP deduce la naturaleza privativa o personal de la deuda– se desencadena el procedimiento de ejecución de la póliza de afianzamiento resultando embargados, entre otros, bienes inmuebles pertenecientes al patrimonio conyugal de los otros hermanos fiadores; embargo cuyo alzamiento solicitan las esposas y cuñadas del deudor principal mediante demanda de tercería de dominio desestimada en primera instancia y acogida en la sentencia de apelación. *Caja Rural* interpone recurso de casación foral solicitando se mantenga el aludido embargo, pero el TSJ desestima los motivos alegados, básicamente, por entender que las esposas terceristas no otorgaron el consentimiento necesario para la fianza suscita por sus consortes, entre otros extremos. Contra la anterior interpretación, uno de los magistrados integrantes de la sala emite voto particular.

De conformidad con lo dispuesto en la ley 61, párr. 2.º, del FN, para que se produzca la afección de los bienes comunes de la sociedad de conquistas a las deudas que puedan derivar de la fianza suscrita por uno solo de los cónyuges, es preciso: a) que el cónyuge no fiador emita su consentimiento, así como también, b) que el deudor afianzado tenga la cualidad de tercero respecto a la sociedad conyugal. En cuanto al consentimiento, la Sentencia declara que puede ser simultáneo o sucesivo, expreso tácito o presunto, o incluso manifestado mediante silencio o por *facta concludentia* (ley 20 del FN), y que en el caso no fue otorgado por las esposas al no resultar acreditado que éstas conocieran la existencia de la póliza litigiosa, ni siquiera en su condición de partícipes de las dos sociedades cofiadoras. Respecto al *tercero* a que hace referencia la ley 61, párr. 2.º del FN, interpreta el Tribunal que ha de ser persona física o jurídica totalmente ajena a la sociedad conyugal; y, si bien, el deudor principal era socio de las sociedades familiares, no se probó que la deuda desencadenante de la ejecución de la fianza guardara relación alguna con los negocios que constituían el objeto social.

Frente a la alegación formulada por *Caja Rural* impugnando la declaración de la Sentencia de apelación que declaró que se trataba de una póliza de afianzamiento *dividida* en virtud de la cual los bienes conyugales de los suscriptores sólo habrían de quedar afectados en el caso de que la operación de crédito principal redundara en beneficio de las sociedades en que participaban las terceristas, pero no cuando –como ocurría en el caso– favoreciera exclusivamente al cuñado en cuya cuenta se produjo el descubierto –alegación funda-

mentada en la violación de la ley 490 del FN sobre la voluntad como regla hermenéutica de las obligaciones-, el Tribunal de casación declara que la Sentencia impugnada se limitó a fijar la extensión de la responsabilidad que por sí sola y sin el concurso de la de las esposas consortes, era susceptible de determinar la voluntad de los fiadores.

Por lo que se refiere a la alegada inaplicabilidad de la ley 54 párrafo segundo del FN a una fianza suscrita en el año 1984 por haber sido dicho texto legal introducido en el FN por la Ley Foral 5/1987 de 1 de abril, declara el TSJ que aquella norma se encontraba plenamente en vigor en la fecha en que fue concertado el contrato, toda vez que el texto mencionado reproduce sustancialmente la norma que el Amejoramiento de 26 de diciembre de 1975 incorporó, como párrafo segundo, a la ley 53 en su anterior versión.

La negativa del TSJ a apreciar la responsabilidad directa de los bienes de conquista embargados no impide que se declare en la sentencia su responsabilidad subsidiaria en su caso del incumplimiento de la deuda afianzada, por aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo de la ley 85 del FN, que *presupone la actuación subsidiaria sobre bienes de conquistas por deudas propias de uno solo de los cónyuges*.

El voto particular que formula uno de los magistrados de la sala sostiene que la ley 61.2 del FN *no tiene sentido sustantivo sino meramente dialéctico (derogatorio) del régimen anterior, que trataba de la exigencia de licencia para que la mujer pudiera afianzar, y que fue derogada, estableciendo la redacción actual, por el Decreto Ley de 26 de diciembre de 1975*. Consecuentemente, no debe buscarse en aquel texto el régimen peculiar de la responsabilidad derivada del afianzamiento, sino en la ley 84.1.4 del propio Fuero, que no exige el consentimiento del cónyuge para obligar bienes de conquista en los actos de explotación regular de los negocios. Tratándose además de un acto de comercio efectuado por comerciantes habituales (afianzamiento con intervención de corredor de comercio, apertura de cuenta a un factor de hecho de la sociedad familiar), a la misma consecuencia se llega por aplicación de lo expresamente previsto en los arts. 6 y 7 del C Com. Por otra parte –en la opinión del magistrado– ni siquiera admitiendo que la deuda principal se contrajo en nombre propio y sólo obligaba a los bienes privativos de los fiadores cabe levantar el embargo de los bienes, puesto que, a tenor de la ley 85 *i.f.* del FN, las esposas terceristas debieron exigir dentro de los 9 días siguientes a la notificación del embargo –plazo de caducidad– que los bienes comunes fueran sustituidos por la parte que al cónyuge

deudor corresponde en la sociedad de conquistas, pues es lógico que sólo pueda realizar una tercería de dominio el que tenga título de propiedad, que no detenta el cónyuge no deudor hasta el momento de liquidación de la sociedad con la consiguiente atribución concreta y material de los bienes integrantes del patrimonio común.

4. STSJ 27-4-1991: SOCIEDAD DE CONQUISTAS.
COMUNICACION DE SALARIOS DEVENGADOS POR LOS
CONYUGES EN LA FASE DE SEPARACION DE HECHO PREVIA
A LA SENTENCIA DE DIVORCIO. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD
LEGAL DE CONQUISTAS Y PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION
DEL ACTIVO A FALTA DE ACUERDO. EXCLUSION
VOLUNTARIA DE LA LEY APLICABLE Y PROHIBICION
DE ABUSO DEL DERECHO

La apreciación llevada a cabo por la AP en contra de la realizada por el JPI, estimando que no se acreditó el mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver la sociedad de conquistas o alterar el régimen económico matrimonial durante el tiempo comprendido desde la separación de hecho hasta la sentencia firme de divorcio, no contraviene el principio de tutela judicial efectiva de los derechos a que se refiere el art. 24 CE dado que no supone la desvirtuación de los hechos declarados probados por el Juzgado.

De una separación de hecho libremente consentida no se deduce que los cónyuges hayan excluido de común acuerdo las normas aplicables al régimen económico del matrimonio en base a las leyes 7 y 8 del FN, porque estos preceptos impiden la exclusión voluntaria de las normas de *ius cogens*, y la ley 82 del FN –no modificada tras la reforma de 1987– prevé que en defecto de capitulaciones se observará necesariamente el régimen de conquistas. Tampoco consta que los consortes hubieran hecho uso del derecho a solicitar la disolución de la sociedad legal de conquistas durante el período de la separación de hecho *ex art.* 1393-7 del Cc, que es aplicable en Navarra por remisión de la ley 85-5-c) actual del FN (que en su redacción originaria era la ley 91).

La solicitud de la esposa acerca del carácter común de los ingresos obtenidos por los cónyuges durante la separación de hecho, y concretamente, del exceso de los ingresos globales del marido respecto a los de la esposa, se ve rechazada por el marido que se opone invocando los arts. 3.1 Cc (sobre interpretación de las normas con-

forme al criterio de la realidad social) y 7 Cc (buena fe y abuso del derecho). La controversia habrá de dilucidarse, según el TSJ, partiendo de tres premisas: 1) La sociedad legal de conquistas permaneció vigente pese a la separación libremente consentida, de conformidad con el art. 1392 del Cc, al no constar el mutuo acuerdo ni pacto solemne que alterase el régimen económico; 2) Tanto el art. 1347-1.º del Cc como las leyes 83-1.º (en la redacción originaria) y 82-4.1.º (en su versión actual) del FN, atribuyen carácter común a los ingresos obtenidos por los cónyuges hasta la disolución de la sociedad de conquistas, al integrar bienes ganados mediante el trabajo (en este sentido, STS de 25 de marzo de 1988); y 3) No consta en el caso reclamación de los cónyuges acerca de la vida económicamente independiente que llevaron durante el tiempo de la separación de hecho.

Los ingresos obtenidos por los casados en régimen de conquistas constituyen patrimonio destinado principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio, entre las que se incluyen los gastos para atender a las necesidades de cada cónyuge; mientras que el concepto de *ganancia partible*, o sobrante eventualmente atribuible por mitades cuando se disuelve la sociedad conyugal, obedece a una finalidad secundaria. Cuando se prueba que los esposos atendieron cada uno a sus necesidades personales durante la separación de hecho, y no consta en autos la existencia de remanente, ha de concluirse que la diferencia o exceso de lo percibido globalmente por el marido respecto a las ganancias de la esposa no se comunica al activo de la sociedad de conquistas en la fase de liquidación posterior a la sentencia de divorcio.

5. STSJ 29-6-1991: MOMENTO PERFECTIVO DE LAS ENAJENACIONES EN SUBASTAS JUDICIALES. EJERCICIO DEL RETRACTO GENTILICIO: INICIO DEL COMPUTO DEL PLAZO (ESCRITURA DE VENTA O APROBACION FIRME DEL REMATE, COMO *DIES A QUO*). COMPUTO DEL PLAZO DE EJERCICIO DEL RETRACTO GRACIOSO

La Sentencia declara extemporáneo el ejercicio de la acción de retracto gentilicio realizado dentro de los nueve días posteriores al otorgamiento de escritura pública de venta de fecha 18 de octubre de 1989, siendo la fecha de la adjudicación de los bienes al adquirente en tercera subasta pública la de 13 de octubre de 1986.

Partiendo del hecho acreditado de que el retrayente tenía pleno conocimiento de las condiciones de la adjudicación en pública subasta, la cuestión de interpretación que plantea la ley 458 del FN es si se toma en cuenta como *dies a quo* para el cómputo del plazo el del pleno conocimiento, por parte del retrayente, de la aprobación del remate, o si sólo debe considerarse como *enajenación* y *dies a quo* el acto de otorgamiento de la escritura pública de venta, considerándola como *traditio* instrumental que consuma el proceso de transmisión forzosa del bien.

Al respecto –declara la Sentencia– la doctrina clásica del Tribunal Supremo consideraba relevante la fecha de la escritura pública de venta, fundándose en la definición del retracto contenida en el art. 1521 Cc como derecho de subrogarse en el lugar *del que adquiere*; tal doctrina no unánime, ha evolucionado recientemente hacia considerar como fecha para el cómputo del plazo de la acción de retracto la del pleno conocimiento de la adjudicación del bien, basándose en la naturaleza del retracto como derecho a retraer *la cosa vendida* cuyo plazo de caducidad debe contarse desde el conocimiento de la venta por el retrayente (STS 30 de octubre de 1990 y otras); doctrina consecuente con el art. 131 de la Ley Hipotecaria, del que deriva que el retrayente recibe el tracto del vendedor y no del comprador o adquirente. Este último criterio conviene mejor a la interpretación de la ley 458-3 del FN a la luz de su antecedente histórico (ley 51 de las Leyes de Cortes de Pamplona de 1765-1766), así como por consideración a la analogía que guarda en este punto con la ley 451 sobre retracto gracioso.

El texto de la Ley 458-3 *i.f.* del FN pone claramente de manifiesto que el plazo general para el ejercicio de la acción de retracto gentilicio es un plazo de conocimiento, pues, salvo ocultación maliciosa de la venta, otorga al retrayente un plazo preclusivo de 30 días para requerir las condiciones de la enajenación, en caso de conocimiento incompleto de las mismas; de donde deriva que el Fuero Nuevo impone una obligación positiva de diligencia en el retrayente, contradictoria con una actitud pasiva de espera hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta. Por ello no cabe interpretar que en el caso de conocimiento completo de la venta por parte del retrayente se le conceda un plazo superior al previsto para el caso de conocimiento incompleto.

La ley 445 del FN define el derecho de retracto como derecho de adquisición con preferencia a terceros y como límite al poder de dis-

posición del dueño, lo que indica que el retrayente recibe la cosa por tracto del vendedor y no del comprador; en consecuencia, basta la perfección de la venta –aunque no se produzca la transmisión completa de la propiedad al comprador– para que proceda el ejercicio del retracto. Consecuentemente, tratándose de venta en pública subasta, el término *enajenación* mencionado en la ley 458 del FN no debe tomarse en sentido traslativo de la propiedad, sino en un sentido más amplio, predicable desde la adjudicación en firme y no desde el otorgamiento de la escritura pública.

Por aplicación de los principios contenidos en las leyes 26 y 17 del FN, es contrario a la naturaleza del plazo que quien conoce las condiciones de una adjudicación firme pueda posponer el ejercicio del retracto durante un largo período hasta el otorgamiento de la escritura, con grave quebranto para el adquirente en subasta judicial.

No puede afirmarse que en las enajenaciones en subasta judicial la perfección de la venta sólo tenga lugar con la escritura pública (como podría deducirse de la ley 575-7.º en relación con la ley 18 del FN); porque la propia ley 575 remite en su párrafo 6.º a la LEC, y el mismo párrafo 7.º aludido sujeta el régimen de las ventas en pública subasta a lo dispuesto en la ley procesal.

MATERIALES

