

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Rosario DIAZ ROMERO
Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ
Nieves FENOY PICON
Gabriel GARCIA CANTERO
Antonio JIMENEZ CLAR
Francisco LLEDO YAGÜE
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Caducidad.—Que tratándose del instituto de la caducidad, una constante doctrina jurisprudencial viene reconociendo su actuación automática, siempre apreciable de oficio, de tal manera que opera *ex lege* para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley, y sin que sea preciso, al contrario de lo que sucede con la prescripción, su alegación por las partes a través de la correspondiente excepción, alegada en tiempo y forma.

Cómputo de los plazos de caducidad.—Es doctrina de esta Sala que el mes debe computarse como de treinta días, sin excluir los inhábiles (Sentencia de 11 de octubre de 1963), con mayor razón aun cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, no puede entenderse que el aludido plazo deba reputarse procesal, por no haber comenzado aún el tracto del proceso, al no haberse interpuesto la demanda. (Sentencia de 22 de mayo de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Promovida demanda de juicio de impugnación de acuerdos sociales, recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, confirmando la del Juez de Primera Instancia, estimaba la demanda y acordaba la nulidad de determinados acuerdos sociales, sentencia contra la que se interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del art. 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, en

relación con el art. 5 del Código Civil y 60.1 del Código de Comercio, por caducidad de la acción ejercitada por haberse interpuesto después del plazo de un mes que, a partir de la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil, señala el art. 68 de la aludida Ley. El Tribunal Supremo estimó este motivo del recurso.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia es concorde con la de 22 de diciembre de 1989, que considera que el plazo para la interposición del recurso de revisión es de caducidad, y, por tanto, se trata de un plazo civil, y no procesal, por lo que ha de computarse como tal, incluyendo los días inhábiles. (A. C. S.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Hechos resultantes de actuaciones criminales en fase de juicio oral.—La atenta lectura de las sentencias de instancia, una vez cercenados algunos hechos, se limitan a comunicar una información completamente veraz y que resultaba de las actuaciones criminales que por estar en trámite de juicio oral, tenían el carácter de públicas y cuyo derecho venía amparado por el art. 20.1.d) de la Constitución, sin que el eventual resultado del juicio reste o merme el derecho indicado. (S.T.S. de 17 de mayo de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—En el diario catalán *La Mañana* se publicaron dos textos, con fecha de 6 de julio de 1986, uno titulado «La derecha barre en las elecciones del colegio público Bafalia» y otro «Franco encara es viu», ambos firmados por la demandada doña. M. B. El día 13 de julio de ese mismo año, dicho periódico publica otro artículo bajo el epígrafe «La Generalitat investiga los incidentes sucedidos en el colegio de Bafalia».

El actor formuló demanda incidental contra la autora doña M. B., don J. R. C. y el diario *La Mañana* por entender que estos hechos implicaban una intromisión ilegítima contra su honor y propia imagen. El Juzgado de Primera Instancia declaró la intromisión ilegítima, al atribuirle «conocidas simpatías por los militares golpistas del 23-F» y condenó a la autora de los artículos al pago de una indemnización, declarando la responsabilidad civil directa del diario. Además, condenó a ambos (no así a don J. R.C.) a publicar la sentencia en el referido periódico.

Apelada esta resolución por el demandante, la Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso y declaró la intromisión ilegítima por la publicación, condenando a los tres demandados solidariamente (a la autora, el diario y don J. R. C.) al pago de la indemnización y a la inserción, a cargo de los demandados, del encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, anula asimismo la del Juzgado, desestima la demanda y absuelve a los demandados. (G. D.-P. G.)

3. Protección del derecho al honor. Límites de protección: Libertad de información.—El honor, reconocido como derecho fundamental en el art. 20 de la C.E. y regulado por la L.O. 1/1982 de 5 de mayo, es un derecho derivado de la dignidad humana que se vulnera con la difusión y atribución a determinadas personas de hechos o cualidades que la hagan desmerecer en su propia estima o en el público aprecio (S.T.S. de 5 de diciembre de 1989, que recoge la doctrina jurisprudencial anterior), así como en el respeto social y profesional.

La libertad de expresión no puede justificar ataques al derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, delimitados siempre por las leyes y usos sociales, atendiendo al concepto que cada persona fije mediante sus propios actos y pautas de comportamiento, y protegido jurisprudencialmente, según las características y circunstancias de cada caso concreto.

No obstante, no se considera que el ejercicio del derecho de información vulnere tales derechos, con la revelación de noticias de evidente interés público cuyo contenido verse sobre apreciaciones de posibles hechos en que la comunidad se manifieste altamente interesada. (S.T.S. de 11 de junio de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose publicado un artículo periodístico conteniendo una serie de expresiones, en relación con un tema de gran interés público, que el actor consideró difamatorias de su honor, se formuló demanda suplicando se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la responsabilidad solidaria de los demandados, la condena al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización por los perjuicios personales, sociales y mercantiles causados, y la publicación, en las páginas centrales y con la oportuna referencia en la portada, del texto íntegro de la sentencia, en el periódico y semanario que el actor determine.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación. (R. D. R.)

4. Protección judicial del derecho al honor. Carácter relativo. Coexistencia con la libertad de expresión e información.—El honor, protegido jurídicamente en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, aparece reconocido en su art. 2 y reiterado jurisprudencialmente en las SS. TS. de 13 de diciembre de 1989 y 30 de marzo de 1990, entre otras, como un derecho fundamental de la persona con carácter relativo, ya que se limita su protección tanto por las leyes como por los usos sociales, «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

Este derecho fundamental coexiste con las libertades públicas recogidas en el art. 20 de la C.E., cuyo valor sólo aparece protegido cuando se ejercitan en relación con asuntos y personas de interés general y contribuyen a la información pública (S.T.C. de 8 de junio de 1988 y SS. ST. de 30 de mayo de 1990 y 17 de mayo de 1990). En este contexto, el derecho al honor se debilita, en su función de límite externo de las libertades de expresión e información, cuando sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública o interés histórico o cultural relevante, pues así lo requieren

el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

Conforme a ello, no puede considerarse infringido el art. 2 de la L.O. 1/1982, por difusión de hechos y noticias relativas a estas personas, más aún si ellas mismas suministran datos de su propia intimidad personal y familiar. (S.T.S. de 24 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de un reportaje publicado en prensa semanal y considerando su contenido infamante, la actora formuló demanda, solicitando se declarase que dicho artículo suponía una intromisión ilegítima en el honor y la intimidad personal y familiar, condenando al demandado a publicar el texto literal de la Sentencia que se dicte, y al pago de una cantidad como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (R. D. R.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Interpretación del contrato: condición resolutoria explícita.—Es doctrina reiterada que la interpretación de los contratos es función privativa de los juzgados de instancia que debe respetarse en casación, salvo que éstos hayan incurrido en una exégesis desorbitada o ilógica, lo que no ocurre en este caso. En el contrato, de modo indudable, aparece que el vendedor quería obtener un precio total y que la falta de pago de «cualquiera» de las letras tenía el carácter de condición resolutoria explícita. Por tanto, el incumplimiento por alguno de los compradores de su obligación de pago afecta a los otros dos.

Irrelevancia del carácter de obligación «mancomunada simple» pasiva a efectos resolutorios.—A efectos resolutorios de la compraventa de un complejo industrial, vendido como objeto único e indivisible, es indiferente que se concrete la parte de precio de cada comprador en la obligación de pago. El efecto típico de la mancomunidad simple es que el acreedor (vendedor) no puede reclamar a sus deudores (compradores) más cantidad que aquélla a que cada uno se obligó. La mancomunidad simple no incide en la resolución de la totalidad de la compraventa por falta de pago de alguno de los compradores, cuando así se pactó.

Firmeza de la sentencia de instancia: incumplimiento de otro de los compradores.—Aunque el recurrente señale que no incumplió por carecer de voluntad deliberadamente rebelde al encontrarse en situación de suspensión de pagos, ello es intrascendente porque el incumplimiento por otro de los compradores, declarado en la sentencia recurrida y que adquirió firmeza al no impugnarse, es suficiente para determinar la resolución total de la compraventa.

Cláusula penal. Facultad moderadora del juez (art. 1154 del Código Civil).—La posibilidad de modificar la cláusula penal es simple facultad (no deber) de incumbencia exclusiva de los juzgados de instancia. No es susceptible

de revisarse en casación, puesto que no están normados legalmente los criterios de acuerdo a los cuales debe realizarse la moderación. En el caso, la Sala *a quo* moderó la pena de forma equitativa y su criterio objetivo e imparcial debe prevalecer sobre el subjetivo e interesado de los recurrentes. (S.T.S. 23 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—El 20 de junio de 1980 se adquirió *pro indiviso* un complejo industrial por valor de 35.205.000 pesetas. La participación de cada comprador en el precio fue respectivamente de 66 por ciento, 17 por ciento y 17 por ciento. La parte de precio aplazada la garantizó cada comprador mediante una serie de cambiales. También se estableció que la falta de pago de cualquier cambial tenía carácter de condición resolutoria explícita y que el vendedor haría suyas las cantidades pagadas hasta entonces en concepto de indemnización y pena. El segundo vencimiento de las cambiales no lo pagaron dos de los tres compradores (los del porcentaje del 17 por ciento) y la vendedora, mediante requerimiento notarial, dio por resuelta la compraventa.

Demandó la vendedora y suplicó, entre otras cosas, la resolución de la compraventa y que se declarara suya la cantidad pagada por los compradores hasta el incumplimiento. El Juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación: declaró resuelta la compraventa y declaró que la vendedora hacía suyo el 30 por ciento del precio abonado por el comprador de la participación del 66 por ciento y el 75 por ciento del precio abonado por los compradores de las participaciones del 17 por ciento. Uno de los compradores de participación del 17 por ciento en el precio interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo no casó.

NOTA.—La sentencia califica la obligación de los compradores de «mancomunada simple». Esta terminología es utilizada, en nuestra doctrina, por Castán («Derecho civil español común y foral», tomo II, vol. 1.º, 4.ª ed., 1939, pág. 62; tomo III, 9.ª ed., 1958, págs. 94-95; tomo III, 13.ª ed. págs. 143-144) y con ella alude a aquellas obligaciones que tienen una «pluralidad de sujetos» y «la determinación de partes, materiales o ideales, en la exigencia o en la prestación». A su vez, dentro de estas obligaciones diferencia si la prestación es divisible o indivisible. Con esta terminología, alude Castán a lo que la doctrina más moderna denomina obligación parciaria y obligación mancomunada (Díez-Picazo y Gullón, «Sistema de Derecho Civil», vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1989). La obligación del caso, cremos, es una obligación parciaria.

Las cuestiones que, a nuestro parecer, plantea la presente sentencia son:

1.ª El modo en que puede hacer efectivo su crédito el acreedor frente a los deudores. Lo específico del régimen de la obligación parciaria es que el acreedor sólo puede exigir a cada deudor aquella cantidad que le corresponda en su participación en el crédito.

2.ª. Siendo la obligación parciaria e incumpliendo alguno de los deudores (los otros cumplen correctamente) ¿cabe una resolución parcial del vínculo? o, ¿se impone su resolución total? Si las partes establecen, expresamente, que cualquier incumplimiento permite al acreedor resolver el vínculo, cabrá la resolución total. Y, precisamente, éste es el caso de la sentencia. Se insertó en el contrato una cláusula resolutoria explícita ante «cualquier» incumplimiento. Ahora bien, si las partes no establecen nada, no debemos olvidar que, aún siendo divisible la prestación de los compradores, la prestación del vendedor puede o no serlo, y ello condiciona la resolución parcial o total del vínculo. Así, si el objeto que el vendedor debe entregar es divisible podría admitirse, creemos, la resolución parcial del vínculo en relación al deudor incumplidor, salvo que con ello se frustre el fin (indivisible) del contrato (cfr. art. 1491 del Código Civil). En cambio, si el objeto o el fin del contrato es indivisible se impone la resolución total del vínculo. Este último supuesto hubiera sido el caso de la sentencia, si no se hubiera pactado la cláusula resolutoria explícita. El complejo industrial se vendió como objeto único y, por tanto, indivisible.

3.ª. Producida la resolución total del vínculo por el incumplimiento de un deudor ¿cómo responde el deudor cumplidor? Al igual que en la anterior cuestión, si las partes establecen, expresamente, el régimen que regulará la responsabilidad por incumplimiento, éste será el que se aplique. En el caso se pactó una cláusula penal la cual establecía que el vendedor se quedaría con las cantidades pagadas hasta el momento del incumplimiento, en concepto de indemnización. Dicha cláusula fue moderada por el Juez (art. 1154 del Código Civil). Pero, si las partes nada establecen, creemos que la regla aplicable es que el deudor cumplidor no contribuye a la indemnización por daños. (N. F. P.)

6. Incumplimiento de contrato.—Es aplicable al supuesto aquí debatido el art. 12 del Reglamento sobre Bienes de las Corporaciones municipales de 1955 en cuya virtud si los bienes se hubiesen adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubiesen servido al mismo y dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público, no habiéndose producido, por tanto, incumplimiento de contrato. (STS. de 20 de junio de 1990, no ha lugar)

HECHOS.—Doña M. F.P. interpuso demanda contra el Ayuntamiento de LL. por incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato de cesión de una determinada finca y que imponían al citado Ayuntamiento la obligación de no edificar y mantenerla completamente despejada, por estimar que al autorizar el Ayuntamiento la instalación de la feria semanal y un aparcamiento de pago en la citada finca no había cumplido los términos del contrato. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y en el mismo sen-

tido se pronunció la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C).

7. Tercería de mejor derecho. Preferencia entre créditos sin privilegio especial. Doctrina general.—A la hora de denunciarse la infracción del art. 1924-3.º del Código Civil, la jurisprudencia de la Sala 1.ª, aunque vacilante y en algunos casos contradictoria, se inclina más recientemente por establecer los siguientes presupuestos básicos: 1) las escrituras públicas de que se habla en el apartado A) deben ser equiparadas a las pólizas intervenidas por corredor de Comercio o por agente de Cambio y Bolsa; 2) tales pólizas o escrituras necesitan contener, o venir complementadas, de la liquidación pertinente, para que pueda ser conocido el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, por lo que su preferencia vendrá referida a la fecha de esta determinación; 3) el elemento que concede el privilegio no es el crédito en sí, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado en uno de los documentos que menciona el texto legal; 4) con carácter genérico puede afirmarse que la preferencia que concede el art. 1924 a los créditos que constan en escritura pública o sentencia, si hubiere sido objeto de litigio, se explica y justifica por la indubitada autenticidad de dichos créditos; 5) que de los dos órdenes preferenciales que establece el artículo citado, ostanta mejor clase o jerarquía el del apartado A) frente al del B), puesto que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los ejecutivos, debiendo acudirse con prioridad a los títulos que fundamentaran la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en estos títulos, aunque posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que en la sentencia se desvirtúe tal certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial, y 6) sostener posición contraria sería tanto como atribuir a un crédito escriturario indubitado de fecha anterior, peor condición que otros posteriores en el tiempo, por efectos de la fecha de una sentencia, ganada en muchos casos a consecuencia de circunstancias extrañas al propio crédito, o dejar en manos del acreedor más diligente, o del deudor más parcial, la anticipación de un fallo que habría de perjudicar al crédito preferente.

Preferencia entre dos pólizas intervenidas por corredor de comercio.—El crédito del tercerista es prioritario en el tiempo en relación comparativa de todos los elementos esenciales de ambos (otorgamiento, vencimiento, liquidación e iniciación de la vía judicial), y la única anticipación concerniente a la fecha de la sentencia se corresponde con una circunstancia extraña al crédito en sí mismo y dependiendo exclusivamente de la fluidez de la oficina judicial. (**Sentencia de 9 de julio de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—Sobre el tema, en general, la obra básica de Gullón Ballesteros, *La prelación de créditos en el Código Civil* (Barcelona, 1962). Para la última jurisprudencia: Lacruz, *Elementos*, II, 12 (Barcelona, 1985), págs. 404 y ss. (G.G.C).

8. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Imprudencia cuando el vendedor no ha cumplido lo que le incumbe.—Es doctrina reiterada de esta Sala, tan abundante y conocida que excusa su cita, la de exigir al reclamante de la resolución el estricto e íntegro cumplimiento de las obligaciones que le compitan para que pueda prosperar su petición; en el presente caso se declara probado que el demandado se encuentra al corriente en el pago del precio aplazado que se convino en el contrato, mientras que el retraso sufrido en la satisfacción de algunos de estos plazos fue debido a la actitud de los actores de constituir, sin la previa notificación convenida, una hipoteca sobre los locales objeto de la compraventa, y además, la parte demandante ha permitido que sobre tales inmuebles se trabasen múltiples embargos, cuando en la venta se convino la entrega de los locales libres de cargas y de gravámenes, debiendo aclararse que aquí no se trata de un problema de límites o de responsabilidad por los perjuicios causados, sino del absoluto cumplimiento o incumplimiento en función de la bilateralidad de la obligación.

Facultad de suspender el pago del precio, art. 1502.—Es doctrina de esta Sala la de poder extender el contenido del precepto interpretado, no sólo al ejercicio de las acciones reivindicatorias e hipotecarias, que allí literalmente se citan, sino también poder justificar en ciertos casos, un simple retraso en el pago cuando existe en potencia un peligro perturbatorio en relación con la propiedad pacífica de la cosa adquirida, como pueden ser los múltiples embargos de que se habla en las sentencias de instancia; trabas que pueden justificar, junto con otros motivos, el retraso denunciado, no sólo a través de la vía del art. 1502, sino más concretamente la del art. 1124, ya que la compraventa se pactó libre de cargas. (**Sentencia de 22 de mayo de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—Ninguna novedad en el rechazo del ejercicio de la facultad resolutoria por el vendedor al demostrarse ser el incumplidor, sin que se acepte que su incumplimiento (falta de notificación de la constitución de hipoteca sobre la finca vendida) recayó sobre obligaciones accesorias y no causó perjuicios irreparables al comprador; la doctrina jurisprudencial a este respecto es tan abundante y conocida que excusa su cita. Algún comentario merece, no obstante, la referencia al art. 1502, traído a colación en el recurso, pero que el Tribunal Supremo no considera *ratio decidendi*; en primer lugar, el vendedor constituyó una hipoteca sobre la finca vendida, hecho previsto en el contrato, pero con la obligación de notificar al comprador, que fue incumplida. He escrito en otro lugar (*Comentarios Albaladejo*, XIX, pág. 416), que el supuesto de perturbación por el ejercicio de acciones hipotecarias sólo puede referirse a las inscritas en el Registro después de la perfección de la c.v. y antes de que el comprador abone el precio; éste es el supuesto que aquí se da, lo que bien puede calificarse de «actuación cuasi-dolosa del vendedor». Quizá lo novedoso de esta sentencia sea la disposición a interpretar ampliamente el temor de perturbación, cuando la doctrina, y la propia jurisprudencia, se inclinan por la interpretación restrictiva; bien es verdad que la invocación en el caso del art. 1502 es *ober dictum*. Por otra parte, no

hay datos para saber la causa o fuente de los reiterados embargos recaídos sobre la finca vendida. (G. G. C.)

9. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Relaciones entre el art. 1504 y el 1124 del Código Civil.—Es amplísima la doctrina de esta Sala que declara a ambos preceptos compatibles y complementarios, entendiendo que el 1504 constituye una especialidad de la regla general contenida en el 1124; cuando se trata de la falta de pago del precio en la venta de bienes inmuebles, y ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial, queda vedado para el Juez el otorgamiento de un nuevo plazo, según los términos del art. 1504, pero esto no impide que para el éxito de la acción resolutoria sea indispensable que concurren los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción derivada del art. 1124.

Requerimiento defectuoso. Concesión de nuevo plazo. Carácter discrecional.—En el presente caso, al no ser aplicable la resolución contractual autorizada por el art. 1504, ya que ni el requerimiento notarial ni el judicial efectuados por el vendedor, contienen una declaración de voluntad pura y simple de dar por resuelto el contrato, sino más bien una reclamación del pago del precio pendiente, entra en función la regla general del art. 1124 en donde se contempla la posibilidad de conceder nuevo plazo como alternativa discrecional a la resolución de la obligación; tal posibilidad está atribuida a los juzgadores de instancia, y cada uno de ellos, dentro de su orden jurisdiccional, pueden establecerla según sus propios criterios de ponderación, sin que la no coincidencia entre ellos tenga relación alguna con la incongruencia.

Interpretación de los contratos.—No se infringen las normas interpretativas de los contratos cuando el Tribunal *a quo* ha utilizado la facultad discrecional de fijar un nuevo plazo, cuando el contractualmente establecido ya estaba incumplido, aduciendo en su fundamentación que no era procedente la sanción resolutoria de la obligación, enormemente perjudicial para el comprador, pero que con criterios de equidad distributiva se debían reducir los plazos fijados por el Juzgado, función que opera al margen e independientemente de lo que primitivamente se estableció en el contrato. (Sentencia de 5 de septiembre de 1990, no ha lugar.)

NOTA.—Desde la sentencia de 3 de julio de 1917 la jurisprudencia de la Sala 1.^a ha entendido invariablemente por requerimiento, a efectos del art. 1504, la intimación concreta a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinguirla; de donde cabe deducir: 1.º) El fin del requerimiento estriba en obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido; 2.º) El requerimiento es antecedente necesario de la resolución del vínculo contractual, y 3.º) El contenido de aquél es una intimación a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla. Incumplidos estos requisitos en el presente caso no cabía aplicar el art. 1504 y se abría la posibilidad de conceder nuevo plazo al comprador, respecto de lo

cual se destaca el carácter discrecional de las facultades del juzgador de instancia, no revisable su uso en casación. (G. G. C.)

10. Compraventa de bienes muebles a plazos. Subrogación del financiador en el crédito del vendedor.—Conforme se deduce del contenido del párrafo 1.º del art. 3 de la Ley sobre venta de bienes muebles a plazos, cuando el vendedor cede o subrogue al financiador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio, o cuando vendedor y financiador se concierten en cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior del precio a plazos, es significativo de convenio a tal fin que tiene la consideración simplemente de préstamo de financiación, sin determinar por sí solo el desplazamiento de los efectos del dominio de los bienes cedidos al cesionario o subrogado.

Cláusula de reserva de dominio.—Para que la cesión alcance a la cláusula de reserva de dominio es preciso que expresamente se haya convenido (art. 6, núm. 12 de la Ley sobre ventas a plazos). De no consignarse tal cesión en el contrato, la de los «derechos accesorios» dimanantes no alcanza a la reserva de dominio, sino simplemente al crédito cedido.

Eficacia del Registro de Ventas a Plazos. Caducidad de la inscripción.—A todos los efectos legales la presunción de que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado, hay que entenderla referida a los efectos positivos, generados por la inscripción, esto es, a que el tercero no venga afectado por el contrato de venta a plazos si no existe constancia registral de él, con la consiguiente presunción de veracidad y exactitud de lo que conste registrado, pero no en el aspecto negativo, consistente en que habiéndose producido la inscripción de las correspondientes ventas a plazos en el expresado Registro se hubiesen cancelado con posterioridad al embargo practicado en relación a los bienes que afecten, y, por tanto, con inscripción vigente al tiempo en que dicho embargo se practicó. (Sentencia de 10 de mayo de 1990, no ha lugar.).

HECHOS.—Una cooperativa industrial vendió a plazos y con reserva de dominio maquinaria a una sociedad. Una Caja Popular de Mondragón financió la operación de la vendedora. La cooperativa cedió su crédito a la Caja y afianzó solidariamente su pago, pero no se hizo mención expresa de la cesión de las reservas de dominio, sino únicamente de los derechos accesorios. Las reservas de dominio se inscribieron en el Registro de Ventas a Plazos, y así se mantuvieron en el momento en que la Delegación de Hacienda embargó la maquinaria vendida. La cooperativa interpuso demanda de tercería de dominio contra la Delegación de Hacienda y la sociedad compradora, por impago de ésta, solicitando que se dictara sentencia declarando que la maquinaria embargada era de su propiedad. En el momento de la interposición de la demanda de tercería las inscripciones en el citado Registro habían quedado canceladas por caducidad.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda interpuesta por la cooperativa. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado. (A. C. S.)

11. Leasing o arrendamiento financiero mobiliario. Calificación del contrato. Distinción con la venta a plazos de bienes muebles.—La ya consolidada doctrina de esta Sala (Sentencias de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 26 de junio de 1989) ha sancionado la falta de identidad entre la compraventa de bienes muebles a plazos, regulada por la Ley de 17 de julio de 1965, y el contrato de arrendamiento o *leasing* financiero, ya se considere a éste como un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ya como un supuesto de conexión de contratos complejo y atípico, regido por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, caracterización acorde con la que de esta figura contractual se contiene en el Real Decreto Ley de Ordenación Financiera de 25 de febrero de 1977.

Simulación relativa. Valor residual insignificante o simbólico.—Fijado el plazo de duración del contrato en cinco años, se pactó una renta mensual de 219.886 pesetas y como valor residual de toda la maquinaria objeto de aquél, no sólo del bien objeto de tercera, el de 214.965 pesetas, inferior, por tanto, al de una mensualidad y que representa un porcentaje del 1,62 por ciento respecto del precio total fijado en el contrato que ascendía a 13.193.160 pesetas, valor residual que ha de conceptuarse insignificante o simbólico, circunstancia ésta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función de precio autónomo, doctrina ésta recogida en la sentencia de 10 de abril de 1981, que en el caso examinado en ella no apreció el carácter insignificante o simbólico del precio de opción que ascendía a un 20 por ciento del total del precio arrendaticio. (Sentencia de 28 de mayo de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad de *leasing* adquirió una prensa de ciclo continuo de un suministrador y en virtud de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, la cedió a la sociedad usuaria. Dicha prensa fue embargada a la usuaria por la Recaudación de contribuciones de la zona de Baza en procedimiento de apremio seguido contra dicha sociedad por impagado de determinados tributos a la Hacienda Pública. La sociedad de *leasing* interpuso demanda de tercera de dominio contra la sociedad usuaria y la Administración del Estado. Comparecido en autos el abogado del Estado en la representación que le es propia, se opuso a la pretensión actora, alegando que el contrato suscrito era una venta encubierta y no un *leasing*.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la tercera de dominio ejercitada y mandó levantar el embargo por considerar a la actora titular del bien. La Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. Interpuesto recurso de casación por la Delegación de Hacienda, el Tribunal Supremo lo estima.

NOTA.—Con acertado criterio, el Tribunal Supremo considera el valor residual insignificante o simbólico, circunstancia ésta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria en nuestro país, así como de la francesa y alemana, permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo, doctrina ésta recogida en la sentencia de 10 de abril de 1981, que en el caso examinado en ella no apreció el carácter insignificante o simbólico del precio de la opción que ascendía a un 20 por ciento del total del precio de la operación.

Yo he defendido esta tesis en dos estudios que he publicado sobre el *leasing* o arrendamiento financiero en A.D.C., 1980, págs. 781 y ss, y 1982, págs. 69 y ss.

La doctrina de la sentencia de 28 de mayo de 1990 no parece que vaya a cambiar por la aplicación de la Ley de 29 de julio de 1988, ya que la disposición adicional séptima, apartado 1, exige que se incluya necesariamente en el contrato de arrendamiento financiero una opción de compra, a su término, a favor del usuario. (A. C. S.)

12. Donación modal y donación pura y simple.—A pesar de calificarse la donación de pura y simple en el acto de su otorgamiento, los términos en que se redactó la donación permiten afirmar que la verdadera intención del donante fue la de configurar las obligaciones asumidas por el hijo donatario como condiciones impuestas al mismo, cuyo incumplimiento generaba la anulación de la donación, por lo que ésta no puede estimarse, atendiendo a sus efectos y consecuencias, de estrictamente «modal», toda vez que la facultad que se reservó el donante era algo más que exigir el cumplimiento de la carga aceptada por el donatario.

El término «condición» en el art. 647 del Código Civil.—La expresión «condiciones» empleada en el art. 647 no lo es en un sentido rigurosamente técnico de sucesos inciertos, sino en el corriente de obligaciones o cargas que pueden imponerse al donatario por el donante, y que en el art. 797, en su primer párrafo, viene a equiparar «carga» y «condición» cuando parezca que esa era la voluntad del testador.

Aplicación analógica del art. 1124 del Código Civil a la donación «onerosa y remuneratoria».—La donación de que se trata permite estimarla de compleja, gozando, en cierta manera, de la doble cualidad de «onerosa» y «remuneratoria», por lo que cabe hacer una doble remisión respecto a las reglas a regir, pero es que, además, el posible envío a la prevenida en el art. 1124 no significa su aplicación en estricto sentido, sino acomodándole al ámbito propio de la donación, asimilando, pues, la facultad de resolver las obligaciones con la revocatoria prevista para aquélla. (S.T.S. de 25 de junio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Por escritura de donación, otorgada ante Notario, el recurrente donó a su hijo, pura y simplemente, el pleno dominio de

varias fincas que le pertenecían por herencia de sus padres. Entre las cláusulas del otorgamiento se hacía constar que: 1.º) la donación se imputaría, en primer lugar, a la legítima paterna estricta y, después, al tercio de mejora y al de libre disposición, con dispensa de la obligación de colacionar; 2.º) el hijo donatario se obligaba a tener en su compañía al padre donante y a su madre, prestándoles alimentos civiles completos. En los mismos términos se obligaba con su hermano hasta que percibiese su legítima paterna, añadiéndose respecto a éste último la obligación de costear su estancia en un centro asistencial; 3.º) le quedaba prohibido, en vida del donante y de su madre, enajenar y gravar las fincas donadas, y 4.º) todos los comparecientes aceptaron y especialmente el donatario el contenido de la escritura de donación.

Con posterioridad, el donante formuló ante el Juzgado de 1.ª Instancia juicio declarativo de menor cuantía contra su hijo donatario, solicitando la revocación de la donación por causa de ingratitud e incumplimiento de las obligaciones y cargas impuestas. El Juzgado absolvió al demandado y declaró no haber lugar a la revocación de la donación, ni a la reversión de los bienes al donante. Apelada esta resolución por la cónyuge del donante, pues éste había fallecido en el curso del procedimiento, la Audiencia Territorial procedió a estimar parcialmente el recurso y declaró revocada, por incumplimiento de las cargas, la donación efectuada y condenó al donatario a reintegrar a los actores el pleno dominio de los bienes, ordenando la cancelación de las inscripciones registrales contradictorias. Recurrida esta sentencia en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (G. D.-P. G.)

13. Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. Vicios de dirección y de construcción.—Según el informe pericial practicado los defectos vienen a concretarse, sin poder distribuirse específicamente, tanto en vicios de dirección de obra como en vicios de construcción, manifestándose, tanto en la estructura del hormigón armado empleado —lo que debe atribuirse al contratista—, como de una solución apurada, claramente incompatible con la tipología de divisiones interiores y cerramientos, incrementado por la destrucción entre sistemas por la solución constructiva empleada —lo que es propio del arquitecto.

Seguro de Responsabilidad Civil del arquitecto. Vigencia de la póliza. Prueba.—Al probarse la existencia de una póliza de seguro que cubría la responsabilidad civil en beneficio de sus colegiados, como reconoce el Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, suscrita con la entidad demandada y vigente hasta el año 1982, lógicamente hay que entender que atendía a las responsabilidades procedentes de las obras objeto de controversia, finalizadas en noviembre de 1974, pues la prueba de la exclusión correspondía a la entidad aseguradora, al tratarse de un hecho que le afectaba directamente en pretensión obstativa a lo solicitado en la demanda por la Comunidad de propietarios, que al ser tercero, y, por tanto, ajeno al contrato de seguro, no estaba en condiciones de acreditarlo.

Acción directa del perjudicado contra el asegurador.—La doctrina contenida, entre otras, en sentencias de 23 de junio de 1930, 18 de febrero de 1967 y 10 de octubre de 1969, admitió la existencia de acción directa contra el asegurador, por derivación del contrato de seguro, a causa del vínculo de solidaridad producido entre el asegurador y el asegurado con relación al perjudicado; doctrina en la que ha de insistirse al haberse sido corroborada por el art. 76 de la Ley de 8 de octubre de 1980; de esta suerte la acción directa existe tanto si el contrato estaba sujeto a la legislación derogada como si, a tenor de la disposición transitoria de aquélla, quedó adaptado a la nueva normativa.

Acción de reembolso del asegurador.—El art. 76 de la Ley de 1980 concede la acción directa sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que el daño sea debido a conducta dolosa de éste.

Condena en costas. Irretroactividad del art. 523 L.E.C.—Habiéndose iniciado el juicio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 6 de agosto de 1984 que reformó el art. 523 L.E.C. no debe aplicarse éste sino la normativa anterior que basaba la imposición de costas en la apreciación de temeridad o mala fe, y ello de acuerdo al párrafo 2.º de la disposición transitoria 2.ª de la Ley de 1984, previsor de que los juicios de menor cuantía que estén en tramitación en primera instancia continuarán sustanciándose por los trámites de dicho proceso. (**Sentencia de 18 de junio de 1990**, ha lugar en parte.) (G.G.C.)

14. Contrato de obra. Ruina funcional.—En el concepto de ruina del art. 1591 del Código Civil cabe incluir todos aquellos defectos constructivos que hagan inútil la edificación para la finalidad que le es propia, que es lo sucedido en el presente caso pues se declaran probados los desperfectos emanantes de defectos de infraestructura y construcción en la edificación de que se trata, cuyo resultado es que los sótanos se inundan, las fosas sépticas no cumplen su adecuado normal destino, las fosas de los ascensores también sufren inundaciones y el ramal de acometida de agua también es deficiente.

Solidaridad. Litisconsorcio pasivo necesario.—En la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por acto ilícito culposo, con pluralidad de sujetos pasivos, se produce la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar la integridad del daño causado, según ha previsto el art. 1144 del Código Civil, lo que descarta la apreciación de la situación de litis consorcio pasivo necesario puesto que es facultad del perjudicado dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables.

Congruencia. Condena a reparar a costa de los demandados. Determinación en ejecución de sentencia. No procede fijar límite máximo de la cuantía.—Cuando la condena expresa que la reparación ha de hacerse a costa de los demandados, no procede fijar un límite máximo para cumplir el principio de congruencia, sino que procede dejar su determinación para la fase de ejecución de sentencia, toda vez que mientras estas obras no se realizan, no puede conocerse

cuál sea su valor, que, por otra parte, no puede fijarse por cantidades consideradas en las actuaciones, habida cuenta que el valor de las obras está indudablemente supeditado al factor tiempo, dadas las alteraciones valorativas con que dicho factor condiciona su valor en proporción con los precios asignables a dicho tiempo de realización. (**Sentencia de 10 de julio de 1990**, ha lugar en parte.)

NOTA.—Si el *corpus* jurisprudencial de doctrina en torno a la ruina funcional resulta formulado en términos tan amplios que todos los incumplimientos de cierta entidad hallan cabida en el art. 1591 (algo parecido ocurre en derecho francés en relación con el concepto de «malfaçon» después de las reformas del Código Civil por las leyes de 3 de enero de 1967 y, sobre todo, 4 de enero de 1978: cfr. Collart-Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, París, 1991, págs. 528 y ss.), sin embargo, el interés de esta sentencia radica en el punto en que el recurso ha sido estimado, a saber, en la improcedencia de fijar un tope máximo para la reparación. No creo que esta doctrina pueda generalizarse en términos absolutos pues las circunstancias son variadísimas; pero refleja un laudable propósito de acomodarse a la realidad socio-económica (ponente Fernández Rodríguez). La obligación de reparar es una obligación de hacer y no de pagar una suma de dinero; si el obligado no la cumple *in natura*, la satisfacción por equivalente habrá que referirla a un momento posterior a la firmeza de la sentencia, acaso bastante alejado en el tiempo; la fijación previa de un costo máximo de la reparación puede convertir a ésta en marcadamente insuficiente. (G. G. C.)

15. Legitimación activa de la cooperativa contratante para ejercitar la acción de la responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil, una vez transmitidas las viviendas a los socios adjudicatarios.—Cualquiera de los propietarios posteriores está legitimado para reclamar del promotor y constructor la reparación solidaria de los daños; de ahí que el promotor-arrendador trate, legítima y legalmente, de eludir esa responsabilidad, demandando anticipadamente al arrendatario-ejecutor material, para que éste se responsabilice de su conducta incumplidora, origen del defecto constructivo. Atribuyendo la Sala de instancia legitimación activa a la entidad dueña de la obra, para que pueda exigir al arrendatario-constructor las responsabilidades derivadas del incumplimiento del contrato básico, no ha violado ninguna doctrina jurisprudencial, ni ha desconocido la existencia de las transmisiones de las viviendas a los miembros de la Cooperativa demandante, simplemente se ha tenido en cuenta la doctrina general de la contratación, plasmada en el art. 1257 del Código Civil, y sancionada, para estos casos concretos, entre otras muchas, en las sentencias de fecha de 16 de septiembre de 1988 y 9 de junio de 1989, donde de una forma clara y definitiva se resume la doctrina de esta Sala, tanto en lo que respecta a la legitimación activa como a la pasiva, en los supuestos de acciones derivadas del art. 1591 del Código Civil. (**Sentencia de 17 de julio de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—El problema fundamental que plantea esta sentencia radica en precisar si la Cooperativa está legitimada para demandar al

constructor que contrató para la construcción de edificios con un total de 366 viviendas, que presentan graves vicios, a través del art. 1591 del Código Civil, a pesar de haberlas transmitido a los socios adjudicatarios.

La representación del constructor rechaza semejante legitimación, ya que en el momento de la interposición de la demanda indemnizatoria las viviendas construidas ya habían sido adjudicadas a los socios.

Frente a este argumento el Tribunal Supremo, de manera discutible, justifica sin paliativos la legitimación activa de la Cooperativa, que equipara al promotor, porque, al ejercitar la acción prevista en el art. 1591, trata, legítima y legalmente, de eludir la posible responsabilidad en que incurre frente a los adquirentes de las viviendas, defectuosamente construidas.

Esta doctrina tiene su antecedente en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988 y 9 de junio de 1989 (la anotamos en A.D.C., 1990, pág. 643).

Es muy significativo el voto particular de dos Magistrados que formularon en contra de la doctrina de la mencionada sentencia de 9 de junio de 1989, en el que señalaron el acierto del Juez de Primera Instancia, al negar la legitimación activa al promotor-vendedor para ejercitar, en el caso de la sentencia, la acción de responsabilidad decenal del art. 1591 del Código Civil.

Además, en el caso de la sentencia anotada, la construcción de las viviendas se hace a instancia de una Cooperativa, que encamina su actividad a que las viviendas sean adjudicadas a sus socios y familiares. Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, que anotamos en A.D.C., 1989, págs. 1.376-1.377. (A. C. S.)

16. Retracto de arrendamiento rústico. Doctrina de los actos propios. Reconocimiento de la cualidad de arrendataria.—Esa cualidad de arrendataria la reconoció con el consiguiente alcance vivificador de los actos propios, el propio demandado recurrente al interponer juicio de resolución del contrato de arrendamiento rústico afectante a la finca objeto de la controversia, admitiendo, y, por tanto, sobre la base de que la precitada doña América Diego Aja habría sustituido en el referido arrendamiento a su madre, inicial arrendataria.

La cualidad de arrendatario del retrayente debe ostentarse en el momento de la venta, aunque ya no se ostente al ejercitarse la demanda de retracto.—Como tiene declarado esta Sala en sentencias de 26 de junio de 1957 y 5 de diciembre de 1981, el ejercicio de la acción de retracto por el arrendatario de finca rústica no se condiciona por el hecho de no ostentarse esa cualidad en el momento de su ejercicio, sino simplemente por hecho de que, cual sucede en el presente caso, lo fuere al llevarse a cabo la transmisión generante de la acción de retracto ejercitada.

Falta de prueba de la circunstancia de ser la retrayente propietaria de más de 100 hectáreas de secano o 10 de regadío. Cuestión nueva, alegada extemporáneamente.—No se produce la circunstancia de que la retrayente doña

América Diego Aja sea propietaria de más de 100 hectáreas de secano o 10 de regadío en el territorio nacional, que el precitado apartado 11 del art. 16 del mencionado Decreto de 29 de abril de 1959 previene como circunstancia obstativa para el ejercicio del derecho de retracto, con la consiguiente vinculación al no ser desvirtuada esa apreciación fáctica, ni intentado hacerlo, por la tan repetida vía o cauce del error en la apreciación de la prueba, y mayormente habida cuenta que tratándose de un aspecto de índole obstativa o excepcionante de la acción de retracto indudablemente exigía, para su apreciación, que lo demostrase el retraído recurrente, porque tratándose de un hecho extintivo del derecho reclamado por la retrayente recurrida incumbe la prueba a aquél, según previenen las sentencias, entre otras, de 15 de septiembre, 17 de octubre y 16 de diciembre de 1985, 25 de febrero, 20 y 24 de julio de 1986, 13 de febrero y 5 de junio de 1987 y 8 de octubre y 19 de noviembre de 1988, en determinación y exégesis del alcance del principio de carga de la prueba sancionado en el art. 1214 del Código Civil, aparte que no habiéndose hecho alegación de esa circunstancia en el curso del juicio por parte del aludido demandado retraído recurrente, significa un tácito reconocimiento de que no se da esa pretendida circunstancia obstativa a la acción de retracto ejercitada, haciendo en consecuencia innecesaria la carga de la prueba de tal circunstancia por parte de la demandante retrayente recurrida, como se deduce de lo expuesto en la sentencia de 19 de diciembre de 1986, y revelando, en realidad, el planteamiento de una cuestión nueva en casación.

Momento desde el que se inicia el plazo para ejercitar el retracto.—El cómputo de los tres meses a que se refiere el indicado precepto, a fines de ejercicio de la acción de retracto, ha de llevarse a cabo no a partir del 18 de julio de 1985, en que fue admitida la demanda del proceso de cognición tendente al desahucio de la finca cuestionada, sino desde la fecha en que la recurrente alegue haber tenido adecuado conocimiento de la compraventa objeto de retracto, de las circunstancias de su venta, lo que dicha recurrente manifiesta haberlo hecho el 10 de octubre de 1985, en que tuvo lugar acto de conciliación y el demandado, ahora recurrente, hizo saber a la demandante, ahora recurrida, las condiciones en que la citada compraventa tuvo lugar.

Los meros defectos formales no impiden la tutela judicial efectiva.—Hay que entender en aplicación del esencial principio, contenido en el art. 24 de la Constitución española, tendente al logro de tutela judicial efectiva, subsanando meros defectos formales que lo impidan, que en realidad el recurrente aún sin nominarlo, se está amparando en la referida causa 2.ª del n.º 3.º del art. 132 de la Ley de 31 de diciembre de 1980, en cuanto en él se comprende toda alegada infracción de normas de índole sustantiva, como es en el presente caso el tan mencionado art. 16 del Decreto de 29 de abril de 1959.

Renuncia tácita a la acción de retracto, por haber realizado actos demostrativos de una voluntad de inejercicio.—Es de llegar a la solución de estimar el citado motivo tercero, porque habiendo sido vendida la finca sometida al actual debate jurídico por la arrendadora inicial doña Herminia Salar Azcona a Don Durán Fernández Salar y don Baldomero Llata Cabrero, a medio de escritura pública otorgada el 23 de abril de 1975, unido al parentesco que unía a los inicia-

les arrendadores y arrendatarios y adquirentes de la finca en cuestión, así como los trabajos de Concentración Parcelaria que se realizaron en la zona en donde se halla enclavada la referida finca, con las consiguientes notificaciones jurídicas que tal proceso de concentración lleva consigo y con su fuerte publicidad, con subsiguiente inscripción de las nuevas parcelas en el Registro de la Propiedad, puesto en relación con el transcurso de diez años entre la indicada venta y actividades de doña América Dego Aja a fines del retracto pretendido, todo lo cual se evidencia de lo actuado en el juicio en cuestión y en manera alguna es negado por la sentencia recurrida por lo que procede estimarlo implícitamente aceptado por la Sala sentenciadora de instancia, y en consecuencia entenderlo complementado en el aspecto fáctico en relación con el apreciado en la mencionada sentencia objeto del presente recurso, revela la concurrencia de especiales circunstancias significativas de caducidad de la acción de retracto ejercitada, con la consiguiente tácita renuncia de tal derecho, derivado de actos indudablemente demostrativos de una voluntad de inejercicio del mismo, pues es ilógico entender que una arrendataria que mantiene vínculo de parentesco con la arrendadora, conocedora, incluso por razones de publicidad, de alteraciones dominicales surgidas de concentración parcelaria deje de transcurrir un período de diez años sin preocuparse de si puede afectar a sus derechos arrendaticios, y concretamente al retracto, ni en consecuencia desconozca dentro del plazo correspondiente la realización de la venta en cuestión con todas sus adecuadas circunstancias, tratando después del transcurso de dichos diez años de revivir el retracto con acción caducada y consiguiente tácita renuncia de tal derecho, cuando evidente y notoriamente la finca afectada ha cobrado incremento de valor, tratando de obtener un beneficio económico en claro perjuicio de los adquirentes de dicha finca, como lo pone de manifiesto la circunstancia ética del demandado adquirente don Baldomero Llata Cabrero, cuando en acto de conciliación, previo a la presentación de la demanda rectora del procedimiento de que emana este recurso, se mostró dispuesto a enajenar la finca al retrayente por el precio de la compra de 3.500.000 pesetas incrementado con el coste de la vida en dichos diez años transcurridos desde la referida venta cuestionada, lo que no fue aceptado por la demandante retrayente. (S.T.S. de 30 de abril de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, subrogada en la posición contractual por fallecimiento de su madre, interpuso la acción de retracto diez años después de haberse producido la transmisión de la finca y cuando ya no ostentaba la cualidad de arrendataria, por haberse resuelto judicialmente el arrendamiento rústico.

NOTA.—La sentencia contiene varios pronunciamientos interesantes, aunque sorprenda un tanto que finalmente decida dar lugar a la casación por una renuncia tácita a la acción de retracto, basada en una relación de parentesco y en una discutible obligación del arrendatario de preocuparse por si existen actos que pueden afectar al derecho. Es la propia Ley la que hace confiar al arrendatario en que el plazo de la acción de retracto no comenzará sino desde que se le notifique fehacientemente la transmisión o desde que la conozca efectivamente por otros medios, pero eso último habrá que probarlo de una forma clara, a mi juicio. (L. F. R. S.)

17. Responsabilidad civil derivada de delito. Interpretación del art. 22 del Código Penal.—El art. 22 del Código Penal ha sido objeto de una interpretación progresiva, aperturista, extensiva, amplia y ponderada, actualmente apoyada en el art. 3.1. del Código Civil, de modo que para que se genere la responsabilidad civil subsidiaria es preciso que el infractor y el presunto responsable subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho, o por un vínculo en virtud del cual el responsable penal principal se halle bajo la dependencia del otro y, además, que el delito que genera una y otra responsabilidad, se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas o bien con el consentimiento, conocimiento o, al menos, sin la oposición del patrono; es decir, que aun cuando haya extralimitaciones, variaciones o actuaciones irregulares, indebidas o torpes, en la ejecución del servicio, no exoneran de la responsabilidad civil subsidiaria, por ser de la más elemental justicia que no sean las víctimas del delito quienes, en casos de insolvencia del culpable, pechen con las consecuencias económicas; en el presente caso, el sargento causante del desgraciado accidente, no estaba en realidad, en dicho momento, libre de servicio, sino en el ejercicio de su cometido dentro del acuartelamiento, usando arma y uniforme reglamentarios.

Causas de exclusión de la responsabilidad civil subsidiaria.—Únicamente quedan excluidas de la responsabilidad subsidiaria aquellas actividades que se ejecuten contra la prohibición expresa y la desobediencia cierta, abierta y acreditada, del empleado o dependiente, a las órdenes recibidas del principal.

Incongruencia. Intereses legales desde la interpelación judicial.—Al solicitarse en el suplico una determinada suma como indemnización por daños y perjuicios «más los intereses legales desde y por la cantidad que se señale en sentencia», la parte actora está, en realidad, dejando a la discrecionalidad del juzgador la fijación no sólo de la cuantía de los intereses, sino también la fecha a partir de la cual deben comenzar a computarse aquéllos, pues ese es, en opinión de la Sala, el sentido que debe dársele a lo impetrado por la parte, vinculando también el término «desde» a lo que se fije o señale en la sentencia, razón por la cual no se incurre en incongruencia al resolver y decidir el pago de los intereses legales «desde la fecha de la interpelación judicial».

Privilegio de la Hacienda Pública del art. 921 L.E.C. Interpretación restrictiva.—Las especialidades previstas para la Hacienda Pública en el último párrafo del art. 921 L.E.C., se refieren a créditos presupuestarios propiamente dichos, y dado el carácter privilegiado de la norma no cabe hacer extensivo tal tratamiento excepcional a supuestos en los que la Administración es llamada a responder civilmente con carácter subsidiario por la insolvencia de personas sometidas o integradas en su ámbito, para hacer efectiva la adecuada reparación patrimonial de la víctima. (Sentencia de 16 de mayo de 1990, no ha lugar.).

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (ponente: López Vilas) relativa a un caso de responsabilidad civil derivada de un delito de imprudencia temeraria cometido por un sargento, en ejercicio de sus funciones, en el interior de un acuartelamiento. La víctima no era aforado militar y al ser insolvente el responsable penal, se ejerce

la acción de responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 22 del Código Penal. El Tribunal Supremo continúa la dirección amplia a propósito de este último precepto —de naturaleza civil, no obstante su colocación dentro de una norma penal— mantenida en sentencias de 13 de abril de 1981 y 29 de noviembre de 1982. Debe destacarse la interpretación restrictiva del art. 921, último párrafo L.E.C., que también parece razonable. (G. G. C.)

18. Responsabilidad civil. Daño continuado. Prescripción.—El cómputo del plazo de prescripción, en caso de daños continuados no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. (**Sentencia de 27 de junio de 1990**, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Don F. F. G., sin consentimiento de la Junta de Propietarios, realizó unas obras en un local comercial sito en un edificio dividido en régimen de Propiedad Horizontal ocasionando daños a elementos comunes y a la seguridad del edificio. La Junta de Propietarios ejerció las oportunas acciones y el Juez de Primera Instancia estimó la demanda, desestimando el recurso la Audiencia Territorial de Madrid. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

19. Responsabilidad civil por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis*. Inversión de la carga de la prueba.—El motivo no puede prosperar en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de deberes profesionales o de la *lex artis*, casos de contratos de arquitectos, médicos o de otros arrendamientos de servicios, en que no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba. (S.T.S. de 16 de octubre de 1989).

Relación de causalidad.—En el supuesto litigioso, además, en el que se reclama responsabilidad a los técnicos titulados de una construcción por daños producidos en una fase de la misma al hundirse un encofrado, y satisfechos por la compañía aseguradora los constructores, no se ha podido colegir responsabilidad en las personas concretas de los demandados, quienes no se ha demostrado que intervinieran directamente en la construcción de los elementos dañados por el siniestro ni si éste se produjo por imperfección del encofrado o defectos de montaje de los módulos que lo sustentaban, como atinadamente razona la sentencia recurrida. (**Sentencia de 24 de mayo de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía de seguros interpuso demanda de reclamación de cantidad alegando que tenía concertado con un promotor y un constructor un contrato de seguro por los daños que pudiesen ocurrir en las obras de construcción de un pabellón, cuya planta se hundió totalmente, abonando aquélla la cantidad indemnizatoria de 5.678.268 pesetas, que pretende que a su vez le paguen el arquitecto y el aparejador.

El Juez de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda, condenando al arquitecto y al aparejador a abonar a la parte actora conjunta y solidariamente la suma solicitada, todo ello con expresa imposición en costas. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación interpuesto por el arquitecto y el aparejador, absolviéndolos de las pretensiones contra ellos deducidas.

No prospera el recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros, en el que alega error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción en concepto de inaplicación de los arts. 1902 y 1214 del Código Civil y de la doctrina contenida en diversas sentencias. (A. C. S.)

20. Contaminación por diversos agentes de las aguas de un río. Muerte de las truchas de una piscifactoría. Relación de causalidad: ausencia de prueba de la causa eficiente del evento dañoso.—Es preciso aplicar la doctrina jurisprudencial definidora del principio de la causación adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiéndose entender por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a conocimientos normalmente aceptados; debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente, que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido; no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa la nexa entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de cumplida justificación, no puede quedar desvirtuada por la posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad, o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. (*Sentencias de 20 de junio y 13 de octubre de 1979, 27 de noviembre de 1981, 11 de febrero, 11 de marzo y 17 de noviembre de 1988, etc.*) (**Sentencia de 27 de octubre de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Confirmando las sentencias de instancia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el propietario de una piscifactoría porque no se ha demostrado cumplidamente la relación de causalidad existente entre el vertido de los desagües de la empresa demandada al río Cifuentes, contaminado por agentes diversos, y la muerte, a consecuencia solo de ello, de las truchas de la piscifactoría.

NOTA.—La imputación de responsabilidad por daño ambiental plantea al perjudicado el grave problema de la demostración de la

relación de causalidad. Es preciso tener en cuenta las siguientes circunstancias: la complejidad de las verificaciones técnicas necesarias para poder conseguir esta demostración; algunas de las consecuencias dañosas se manifiestan con el transcurso de un largo período de tiempo; la contaminación no suele obedecer a una causa aislada, sino a la confluencia de varias (contaminación por sinergia), de tal manera que es provocada por hechos múltiples y diversos, que con frecuencia son difíciles de determinar de forma aislada, como ocurrió en el caso de la sentencia que se anota.

Ante la gravedad del problema si bien no creemos que pueda admitirse la inversión de la carga de la prueba del nexo causal, porque iría seguramente en contra del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución), es conveniente que el Juez atenúe el rigor de la carga de la prueba del nexo causal. En algunos ordenamientos jurídicos se ha acogido el sistema probatorio de la «verosimilitud» para resolver el problema de la relación de causalidad, con resultados positivos en materia ambiental. La propuesta de Directiva comunitaria sobre responsabilidad civil por los daños causados al medio ambiente por los residuos de 1 de septiembre de 1989 acoge una solución razonable, al disponer que el demandante debe establecer la existencia de una «considerable probabilidad» de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o, según el caso, los perjuicios causados al medio ambiente (art.4.6).

Este problema explica que, con cierta frecuencia, se esgrima en los recursos de casación que falta la relación de causalidad, y por ello el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el mismo en varias sentencias.

Las sentencias de 28 de junio de 1979 y 29 de junio de 1980 adoptan un criterio semejante al de la sentencia anotada. En cambio, en otras sentencias, si se considera acreditada la relación de causalidad. (*Sentencias de 14 de julio de 1982, 13 de junio de 1988 y 16 de enero de 1982.*) (Cfr., Cabanillas, «La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil», en *Revista de Derecho Ambiental*, 1990, n.º 6, págs. 94-95.) (A. C. S.)

4. DERECHOS REALES

21. Usucapion. Posesión a título de dueño.—No es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, si ello no se apoya en un título apto y suficiente. (**Sentencia de 17 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. y D. C. M. P. reclaman el dominio de un solar contiguo a otro que habían adquirido por compra alegando usucapion. El Juez de Primera Instancia no estimó la demanda, desestimando el recurso la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de Casación. (A. J.-C.)

22. Usucapión. Posesión a título de dueño.—No existe posesión en concepto de dueño, ya que conforme al art. 882 del Código Civil el legatario adquiere la propiedad de lo legado desde el fallecimiento del testador y ello excluye el posible *animus domini* legítimo del recurrente; concepto que no es puramente subjetivo del poseedor si no responde a una legítima expectativa jurídica, que no se da, cuando, como en el caso debatido, el poseedor había reconocido el derecho de los legatarios. (Sentencia de 28 de septiembre de 1990, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Don A. V. M. formuló demanda contra D. J. P.-R. en reclamación de la entrega de unas fincas que le correspondían como legataria y que el demandado, en su condición de heredero, se había adjudicado. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia confirma el criterio de la de 17 de julio de 1990, también aquí comentada, que estima requisito necesario para la usucapión la posesión a título de dueño como *animus domini legítimo*, no bastando únicamente la intención (aspecto subjetivo). (A. J.-C.)

23. Comunidad de bienes. Obligación por parte del administrador de rendir cuentas a los comuneros.—El art. 451 del Código Civil, según el cual el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea legalmente interrumpida la posesión, no resulta de aplicación al presente caso ya que el mismo se está refiriendo al poseedor a título de dueño y sólo entra en juego cuando no existe una relación entre las partes en la que el destino de los frutos se encuentre legal o convencionalmente regulado. (Sentencia de 28 de septiembre de 1990, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Doña J. B. F. y otros presentan demanda contra don J. B. F. y esposa para que rindan cuentas de la gestión de ciertos bienes que tenían en comunidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

24. Resolución de contrato de arrendamiento de oficina por parte de la comunidad de propietarios. Naturaleza de la acción. Carácter taxativo de las causas de resolución.—En el presente procedimiento la comunidad demandante actúa en virtud de la subrogación legal excepcional que autoriza el párrafo segundo del art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que concorra alguna de las prohibiciones establecidas en el párrafo 3.º del art. 7.º de la misma Ley, y para el supuesto de que el propietario del piso o local hubiere dejado de ejercitar la acción correspondiente. O dicho de otro modo, a la comunidad actora se le concede acción frente al ocupante del piso no propietario, tendente a conseguir la resolución de un contrato en el que no es parte, siempre que la acción venga taxativa-

mente fundada en alguna de las siguientes infracciones: desarrollar en el piso, o en el resto del inmueble, actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, únicas en las que puede fundamentarse la demanda, ninguna incidencia puede tener las manifestaciones de destino que el primitivo dueño de toda la finca hiciera en la escritura de división horizontal, y que al posterior propietario del piso no obligaban, en sí mismas consideradas, pues al presumirse libre toda propiedad, bien pudo cambiar después el destino de su finca, si no existía una prohibición legal o contractual que se lo impidiera.

Desestimación de la acción de resolución, por no haberse realizado actividades prohibidas. Interpretación restrictiva de las normas sancionadoras.—

La desestimación de los dos motivos aquí estudiados resulta evidente, dada la ausencia en la resolución impugnada de infracción de precepto legal alguno, más bien precisamente al contrario, la correcta aplicación de los mismos por el Tribunal *a quo*. Esta valoración e interpretación no puede verse afectada por la regla hermenéutica del art. 1285 del Código Civil (alegación del motivo cuarto del recurso), ya que la literalidad de las cláusulas estatutarias (leídas sin mutilación), y la rotundidad de los preceptos legales, disipan toda posibilidad de duda en orden a dejar de entender, que los ocupantes del piso han incurrido en alguna de las prohibiciones legales, conducta provocadora de la resolución de su contrato arrendaticio, que, como medida sancionadora, ha de interpretarse, en todo caso, con carácter restrictivo. (S.T.S. de 5 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a la sociedad arrendataria de un piso destinado a oficinas, alegando que la actividad realizada era contraria al destino de vivienda, previsto en la escritura de división horizontal, siendo además molesta y peligrosa, pues se utilizaba parcialmente el piso arrendado como almacén de papel. La demandada adujo que los estatutos sólo prohibían la instalación de motores cuyo funcionamiento causara molestias. (L. F. R. S.)

25. Usufructo de acciones.—En orden al usufructo y derecho de suscripción preferente de acciones, en los casos de aumento de capital social, cuando se suscriban nuevas acciones bien por el nudo propietario, ya por el usufructuario, el usufructo se extenderá a las acciones cuyo desembolso se haya realizado con el valor total de los derechos utilizados con la suscripción. (Sentencia de 18 de julio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. C. B. y otros formularon demanda para que se declarase que el testamento de don J. C. G. contenía una sustitución fideicomisaria en favor de los nietos del testador, si bien las acciones objeto del fideicomiso estaban gravadas con un usufructo en favor de varios de los hijos del testador, recibiendo, por tanto, el fiduciario la nuda propiedad de las acciones. Desestimada en parte la demanda en primera instancia, fue también desestimado el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

26. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. Defecto apreciable de oficio por los órganos judiciales.—Tiene dicho esta Sala —sentencias de 7 de diciembre de 1982 y 23 de enero de 1986—, que para que opere la forzosidad de este litis consorcio pasivo necesario se exige unidad de relación material que vincule a los interesados de manera que fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa e inseparablemente ligado *in actu* tal derecho a la relación jurídica material nacida del contrato, por ello, ha declarado con reiteración la jurisprudencia que «en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos no pueden los tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus causahabientes», siendo esta excepción apreciable de oficio por los tribunales en cualquier momento del proceso.

Necesidad de demandar a todos los adquirentes ulteriores de las fincas sobre las que se pretende hacer recaer una servidumbre de ventilación.—Derivándose la condena que se postula del incumplimiento de la obligación de constituir la mencionada servidumbre de ventilación a favor de la recurrente, obligación que inicialmente fue asumida por «Valsoria, S. A.», es lo cierto que, como reconocen ambas sentencias de instancia, esa constitución exige la intervención de los posteriores compradores individuales de los pisos o locales construidos al poder ser afectados por la misma en virtud de haber adquirido sus viviendas con la carga de la servidumbre y, en consecuencia, pueden resultar obligados al resarcimiento de los daños y perjuicios que, en su caso, se deriven del incumplimiento total o parcial de esa obligación y ello tanto como causahabientes de «Valsoria, S. A.» como por poder resultar obligados a soportar la servidumbre relacionada en sus títulos de propiedad y sin que sea obstáculo el que fuese «Valsoria, S. A.» quien se obligó a correr con los gastos de la instalación. (S.T.S. de 17 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad propietaria de un sótano demandó a la inmobiliaria y a la comunidad de propietarios de un edificio, solicitando se declarara bien constituida una servidumbre de ventilación, ordenando inscribirla en el Registro de la Propiedad. Los órganos judiciales de instancia declararon la falta de legitimación pasiva de la comunidad de propietarios y, por otra parte, apreciaron la falta de llamada al proceso de todos y cada uno de los adquirentes de fincas del edificio.

NOTA.—La sentencia resuelve acertadamente un problema motivado por la deficiente regulación legal de la propiedad horizontal que, al no estar dotada de personalidad jurídica, obliga a demandar a todos y a cada uno de los propietarios, incluyendo a los respectivos cónyuges, cuando las fincas privativas sean gananciales. Solución demasada aparatosa, pero necesaria, dada la legalidad vigente. (L. F. R. S.)

27. Falta de convocatoria a Junta Extraordinaria de Propietarios. Confirmación tácita del acuerdo adoptado, por tanscurso del plazo para impugnarlo.—La circunstancia de que la mencionada entidad recurrente no hubiese sido con-

vocada, por escrito, a dicha Junta, cual establece el art. 15 de la Ley de Propiedad Horizontal, deviene inoperante a efectos de eficacia y validez del referido acuerdo de designación de Presidente de la comunidad de propietarios «Urbanizadora Las Nieves, S. A.» a favor del aludido don Felipe Velázquez Urdiales, con facultades para la promoción del juicio a que afecta este recurso, pues para enervarlo, por causa de tal falta de notificación, se habría requerido, dentro de los treinta días siguientes al mismo o a la notificación, conforme previene la norma cuarta del art. 16 de la referida Ley de Propiedad Horizontal, y aún así el citado acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión.

Actos de disposición sobre bienes gananciales llevados a cabo por uno de los cónyuges. La legitimación para anularlos sólo corresponde al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido.—Los actos de disposición, cual los considerados en el actual debate jurídico, pretendidos ejercitar y en que tengan efectividad por uno sólo de los cónyuges no posibilite la declaración de su ineficacia por tercero —en este caso la entidad recurrente—, dado que en virtud de lo normado en el párrafo primero del art. 1322 del Código Civil, que vino a refundir el anterior art. 65, de entender el otro cónyuge se había actuado sin su previa licencia o consentimiento, era el único que podría instar su ineficacia, por tratarse de una actuación meramente anulable, y por tanto, como tiene reconocido esta Sala en sentencias de 6 de mayo de 1944 y 22 de marzo de 1965, susceptible de convalidación o confirmación expresa o tácita.

Ineficacia de la renuncia de derechos, por afectar al orden público y perjudicar a terceros.—Afectando tal pretendida renuncia a derechos y obligaciones de evidente carácter público impuestas por el Ayuntamiento de Nambroca y que forman parte del conjunto de normas del Plan Parcial de Urbanización, que por su naturaleza no puede ser objeto de renuncia por sus beneficiarios, carece de hecho y jurídicamente de eficacia, pues por las propias características de la especial comunidad creada los elementos patrimoniales que la integran son un accesorio inseparable de la propiedad exclusiva de cada parcela adquirida, y, por tanto, plenamente vinculantes a los adquirentes de ellas, y en consecuencia no renunciables, desde el momento que la renuncia afectaría no solamente al orden público emanante de las indicadas características del Plan Parcial de Urbanización en que tales parcelas se encuentran incluidas, sí que, singularmente, produciría perjuicio para terceros —los demás integrados de la comunidad derivada de dicha urbanización—, que verían incrementadas sus cuotas obligacionales en los elementos afectados por la renuncia, cuando son plenamente inherentes a la cualidad de adquirentes de parcelas, lo que indudablemente lleva a la no producción de efectos de las relacionadas pretendidas renunciaciones.

Legitimación activa de uno de los comuneros para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad.—Todos los que sean titulares en ella, bien sea conjunta o ya aisladamente —y aún existiendo presidente designado— podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes a la efectividad de sus derechos.

Carácter público de la obligación de transmitir la titularidad de los elementos comunes de la urbanización.—La cesión gratuita por parte de tal entidad

a los propietarios de parcelas el complejo formado por el restaurante, cafetería, piscina, zonas deportivas y comerciales, en manera alguna es significativo de una relación jurídica de donación, sino simplemente de un compromiso asumido por la expresada «Urbanizadora Las Nieves, S. A.» de transmitir a los adquirentes de parcelas tal complejo, como inherente a la transmisión de cada parcela, en la proporción correspondiente, sin precisión de pago complementario alguno al ya efectuado por la parcela transmitida y adquirida como compromiso de contraprestación o encargo de la referida urbanizadora transmitente como consecuencia del Plan Parcial propuesto y aprobado y remodelación efectuada, conducente a que no proceda calificar de donación lo que constituye mero cumplimiento de algo que forma parte de las normas de carácter administrativo aprobadas por el Ayuntamiento de Nambroca y que configuran la estructura de la urbanización, y que, por tanto, revela que la transmisión del expresado complejo por la demandante, ahora recurridos, no es en esencia, un compromiso de derecho privado, sino una obligación de derecho público. (S.T.S. de 17 de abril de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de una urbanización de uso privado y algunos de los comuneros demandaron a la urbanizadora para que se declarase judicialmente que los elementos comunes de la urbanización, así como su uso y explotación, pertenecían a todos los propietarios de las parcelas, obligando a la demandada a que otorgase escritura pública en favor de los propietarios, para documentar la transmisión. No se aportan en la sentencia datos necesarios para conocer con más profundidad los problemas concretos que se discuten.

NOTA.—La sentencia confirma la jurisprudencia existente sobre la legitimación activa de un copropietario para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, así como de la legitimación activa para impugnar actos de disposición sobre bienes gananciales, restringida al cónyuge no actuante. Acaso quepa discutir la afirmación efectuada por la sentencia, en el sentido de que la renuncia afecta a intereses de terceros no intervinientes en el proceso, cuando parece que deben ser esos terceros quienes aleguen y prueben ese perjuicio. También puede ser discutible que la obligación de transmitir los elementos comunes de la urbanización sea esencialmente de derecho público, pues los sujetos de tal relación son personas privadas y ninguna de ellas está investida de superioridad ni actúa por concesión de los poderes públicos. Para eludir la calificación de donación pudo acudirse a figuras hace tiempo acogidas al derecho privado como las urbanizaciones de uso privado, la comunidad de bienes o la propiedad horizontal. (L. F. R. S.)

5. FAMILIA

28. Disposición de los derechos sobre la vivienda habitual.—La recurrente insta su pretensión arguyendo infracción del art. 1320, en relación con el

art. 1322 del Código Civil, al amparo del n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo no puede prosperar porque el texto del art. 1320 tiene como presupuesto de aplicación que existan derechos sobre la vivienda y que se disponga de éstos. Si el piso fue ocupado por mera tolerancia del comunero y no nació ningún derecho, no existe acto de disposición a que el art. 1320 se refiera. Sobre las cosas comunes no puede realizar un comunero un acto que perjudique a la comunidad, ni puede impedir a los partícipes que usen de su derecho. El señor Moro Fernández no pudo obtener derecho a permanecer en la vivienda indefinidamente; su hijo tenía derecho a salir de la indivisión, de ella salió por la partición de herencia y disolución conyugal, cuyo carácter de especificativa o determinativa de derechos impide hablar de enajenación y, en cualquier caso, la ocupación por los cónyuges no generaba derecho a permanecer, por lo que sólo mientras subsistiera la tolerancia podría seguirse cumpliendo la decisión judicial de uso de la vivienda por la esposa y las hijas, tomada al amparo del art. 96 del Código Civil. No se infringe, pues, ni el art. 1320, ni el 1322, por la sentencia que declara la validez de las particiones, ni cabe hablar, en el caso de autos, de renuncia del padre a derechos en perjuicio de las hijas del segundo matrimonio cuando está demostrado que tienen a su disposición otros pisos, a tono con las necesidades y categoría de la familia, por lo que también decae el motivo 3.º del recurso, que denuncia infracción del art. 6.º del Código Civil, y deben estimarse los motivos 3.º y 4.º del recurso del señor Moro, que son antagónicos de los presentes.

Sentadas las firmes bases anteriores, siendo válida la partición y adjudicación, inexistiendo el derecho a permanecer en el piso, cuyo uso se atribuyó en los procesos matrimoniales por carecer de otra base que no sea la mera tolerancia de su titular, es evidente que la sentencia debe ser casada también por infringir el art. 346 del Código Civil, que da derecho al propietario a que se le declare como tal y a recuperar la posesión, sin que sea necesario analizar otros motivos del recurso. (Sentencia 21 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—a) Que el actor es titular registral de la finca objeto de esta *litis*. Que la propiedad le corresponde por herencia de su madre, doña D. F. C., al habersele adjudicado en tal concepto en la escritura de operaciones particionales de la citada causante y de liquidación de la sociedad conyugal habida entre doña D. F. C. y el demandado, don R. M. F., otorgada el día 12 de febrero de 1985 ante notario. b) La sociedad conyugal de doña D. F. C. y el señor R. M. F. se disolvió por muerte de aquélla el 31 de diciembre de 1970; sin embargo, no se llevó a cabo la partición y liquidación hasta la fecha arriba indicada. En el lapso intermedio, el señor R. M. F., padre del actor, contrajo segundo matrimonio con la también demandada doña C. R. F., de cuya unión tuvo dos hijas y con las que convivió en el piso antes descrito como hogar conyugal, sin más título que el que le correspondía al señor R. M. F., padre como comunero del citado piso. Roto el matrimonio segundo, en las medidas provisionales de separación y sucesivas decisiones judiciales, en incidentes de oposición y juicio de separación conyugal, se adjudicó a la esposa el uso de la vivienda conyugal, siendo la fecha del primer auto judicial el 31 de

julio de 1985. *c)* A partir de entonces, el hijo del primer matrimonio, aquí demandante y recurrente, trató de obtener la posesión de la vivienda que se le había adjudicado en la partición de la herencia de su madre, por el cauce del juicio precario, en el que nada se decidió por entender que la naturaleza sumaria de dicho proceso no permitía resolver la cuestión, reservando al actor el derecho a instar el juicio declarativo que corresponda. *d)* En el presente juicio declarativo, el recurrente demandó a la segunda esposa y también a su padre, solicitando, entre otros pronunciamientos, la declaración a su favor de la propiedad del piso antes descrito, la condena al desalojo de la ocupante, doña C. R. F., y que se le condene a pagar frutos y rentas dejados a percibir por el actor y demás daños y perjuicios. (F. Ll. Y.)

29. Divorcio. Cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.—Se declara no procedente el juicio de revisión interpuesto, ya que la maquinación fraudulenta a que se contrae el mencionado número 4.º del art. 1796 de la Ley de Trámite Civil, a efectos de revisión, requiere una conducta encaminada a dificultar al demandado el planteamiento del juicio o a ocultárselo con el objeto de dificultar o impedir su defensa, según tiene declarado en esta Sala en sentencias de 6 de noviembre de 1979 y 18 de enero de 1983, de tal manera, como indican las de 19 de enero de 1981, 15 de febrero de 1982 y 21 de febrero de 1983, que se produzca la concurrencia de un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial dictada, aspectos que, ciertamente, no cabe apreciar en el presente caso, desde el momento que, habiéndose producido el cese efectivo de la convivencia conyugal durante más de cinco años, según reconocen demandante y demandado en el juicio de revisión entablado, claro es que ninguna dificultad o impedimento de defensa se produjo en el meritado juicio de divorcio, dado que éste era preceptivo en aplicación de la causa 4.ª del art. 86 del Código Civil, y en consecuencia no se produce el preciso nexo causal eficiente entre la citación por edictos de la citada demandante en revisión en el tan aludido juicio de divorcio y la sentencia dictada en éste, al no resultar en manera alguna alterada, por la mencionada citación por edictos, la realidad de la causa del divorcio, y que, por otra parte, no impide que por su consecuencia no se produzcan los efectos a él inherentes, como ya viene reconocido en la sentencia que lo acordó, al disponer que la disolución por divorcio del referido matrimonio, integrado por don Sabino Pavón Tornero y doña María Teresa Suay Martínez, lo que con todos los efectos legales inherentes a tal separación, por lo que no existe impedimento para que las consecuencias del tan citado divorcio se produzcan, en cuanto sea procedente en todos los órdenes, y por tanto dar base a todas sus consecuencias, y entre ellas las económicas, a solventar mediante el ejercicio, y de las correspondientes acciones, de entender que se dan las circunstancias fácticas y jurídicas precisas al respecto. (**Sentencia 23 de julio de 1990**, no ha lugar.) (F. Ll. Y.)

30. Anulación de capitulaciones matrimoniales.—El único *thema decidendi* que suscitan los dos expresados motivos, es el atinente a la determinación de si

concorre el cuarto requisito, el de la subsidiariedad que condiciona el ejercicio de toda acción rescisoria en general y de la revocatoria o pauliana en particular, como una especie de aquélla, o sea, si la entidad actora aquí recurrida disponía y podía haber utilizado otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio antes de acudir al ejercicio de esta acción, conforme preceptúa el art. 1294 del Código Civil.

Al establecer el art. 1317 del Código Civil que la modificación del régimen económico matrimonial realizada constante el matrimonio no perjudicara en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, para la subsistencia y efectividad de la garantía que dicho precepto establece, no es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que, aun después de la disolución de la sociedad conyugal, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial, la expresada doctrina jurisprudencial mayoritaria, correctamente entendida, no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso, la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción de su crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuvieron, después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída (arts. 1401 y 1402 del Código Civil), pero dicho recurso legal previo ya ha sido intentado, sin éxito, en el presente supuesto litigioso, en el que la entidad actora promovió sendos juicios ejecutivos, no pudiendo obtener el cobro de sus créditos. Por tanto, habiendo la entidad actora, aquí recurrida, intentado el ya dicho recurso legal previo de que disponía y no habiendo obtenido éxito con el mismo, al no poderse anotar preventivamente el embargo sobre los bienes que, aunque inicialmente gananciales, figuran en el Registro como de la propiedad exclusiva de la esposa y no ser los exiguos bienes adjudicados al esposo suficientes para el cobro de los créditos, ha de considerarse facultada a la entidad actora, sin contradecir con ello la expuesta doctrina predominante de esta Sala, para el ejercicio de la acción revocatoria, única de que dispone ya para lograr la satisfacción de sus créditos, por lo que ha de entenderse recurrente también, en este supuesto litigioso, el expresado requisito de la subsidiariedad, como así lo ha entendido la sentencia recurrida, lo que ha de comportar el fenecimiento de los motivos examinados. (**Sentencia 9 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—Ejercitada por la entidad «Caja Rural Provincial de Madrid» acción revocatoria de capitulaciones matrimoniales contra los esposos don J. R. V. y doña P. M. P., en el proceso correspondiente, al que este recurso se refiere, la Sala Primera de lo Civil de la (entonces) Audiencia Territorial de Madrid, en grado de apelación, dictó sentencia de fecha 24 de mayo de 1988, por la que, confirmando la de primer grado, declara que «es nula y sin eficacia alguna la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los demandantes, como esposo y esposa, el día 14 de diciembre de 1982, y que

fue autorizada por el Notario en Madrid don F. M. A.»; así como también decreta la nulidad de las inscripciones de dichas capitulaciones matrimoniales por lo que se refiere a las fincas que la propia sentencia relaciona y la cancelación de las inscripciones que puedan ser contradictorias por haberse realizado a consecuencia de la escritura de capitulaciones matrimoniales. Contra la referida sentencia de la Audiencia, los esposos demandados interponen sendos recursos de casación (uno cada uno), que articulan, respectivamente, a través de dos motivos (el de la esposa) y de uno (el del marido). (F. Ll. Y.)

31. Lesión producida en la liquidación de la sociedad de gananciales.—La resolución impugnada de lesión producida en la liquidación de los gananciales con base a la aplicación del art. 1074, en relación con el 1410, del Código Civil, no viene alterada por las deudas y pagos invocados por el recurrente como apoyo fundamentador del motivo que ahora se considera, tanto porque nada se dice en la escritura de liquidación de las expresadas gananciales que hubieren sido asumidas por el marido demandado, y ahora recurrente, don Juan José Gutiérrez García, por lo que había de ser imputado a cargo de la sociedad conyugal a tenor de lo normado en los arts. 1362, 1363, 1364, 1365, 1366 y 1367 del Código Civil, al no acreditarse que tales deudas y pagos tengan causa excluyente de su inclusión en esa normativa, y haber de ser tenido en cuenta a efectos de inclusiones en el pasivo y activo de la sociedad de gananciales a fines de su liquidación, conforme a lo prevenido en los arts. 1397, 1398, 1399, 1403 y 1404 del Código Civil, que, en todo caso, en cuanto sean significativos de incremento o disminución del caudal de dicha sociedad en modo alguno enervarían la desproporción económica que el Tribunal *a quo* aprecia como causa de la solución resolutoria que acoge.

Según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 24 de enero, 9 de mayo y 6 de junio de 1986, 15 de junio, 16 de julio y 11 de noviembre de 1987 y 16 de febrero, 15 de julio y 30 de noviembre de 1988, desde el momento que la Sala sentenciadora de instancia determina el cuánto de la partición derivada de la acordada liquidación de la sociedad de gananciales, como son los bienes exclusivamente comprendidos en ella, que es lo, en definitiva, a considerar, y la lesión, al establecer con ello el perjuicio erróneo económico producido en los términos del art. 1074 del Código Civil, o sea, en más de la cuarta parte que este precepto considera a efectos de rescisión, y sin que esa apreciación fáctica haya sido desvirtuada por el cauce del error en la apreciación de la prueba, porque ha quedado incólume y, por tanto, vinculante en casación. (Sentencia 24 de julio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—El estado de la cuestión es el siguiente:

La esposa interpone demanda al entender aquélla que al producirse liquidación de la sociedad de gananciales que tenía constituida con su esposo, el demandado don Juan José Gutiérrez García, como consecuencia de capitulaciones matrimoniales, otorgadas ante Notario el 28 de marzo de 1985, a causa de desavenencias conyugales a las que llegaron después de un determinado tiempo de

vigencia del matrimonio, se produjo en las adjudicaciones, efectuadas a cada cónyuge, perjuicio para dicha demandante, que ésta aduce es determinante de nulidad de ellas, producida a causa de haber prestado un consentimiento viciado por las circunstancias personales en que se encontraba al tiempo de ser llevadas a cabo tales adjudicaciones, lo que en realidad está planteando la mencionada demandante, aunque sin haberlo nominado expresamente y designarlo erróneamente como solución jurídica de nulidad, es la acción resolutoria reconocida por el art. 1074 del Código Civil, a que se remite el art. 1410 del mismo Cuerpo legal, lo que conduce, conforme certeramente expone la Sala sentenciadora de instancia, en el octavo de sus fundamentos de derecho de la sentencia recurrida a decidir con base en tal acción deducible de las alegaciones fácticas y *causa petendi*, o razón de pedir, en que se soporta la demanda y concretamente su súplica, aunque erróneamente la acción rescisoria realmente ejercitada inadecuadamente se la nominase de nulidad. (F. Ll. Y.)

32. Liquidación de sociedad de gananciales y de herencia. Legitimación activa del cónyuge del heredero.—La aducida falta de legitimación no puede prosperar, pues la administración de los bienes privativos del cónyuge, respecto de la sociedad legal de gananciales (arts. 1347, segundo, y 1362, tercero, del Código Civil) puede generar derechos y obligaciones que interesan básicamente a los dos cónyuges, lo que justificaría la licitud jurídica de la pretensión de aquél, que se ejerce conjuntamente con su mujer.

Rendición de cuentas de un negocio: falta de litisconsorcio pasivo necesario por tratarse de la exigencia de una obligación mancomunada indivisible.—La singularidad del caso se establece al limitar su pedimento los actores, en el orden subjetivo, a sólo los demandados citados en primer lugar, con exclusión de la otra persona demandada, pese a que todos, sin otra constancia probatoria en contra, se hallan vinculados por el nexo común de la comunidad de bienes. Aunque como se razona en la sentencia de la Audiencia, la condición de comunero de uno de los actores no significa, necesariamente, por aplicación del art. 398 del Código Civil, que éste carezca de derecho a pedir rendición de cuenta a los demás, lo que no puede omitirse —y en este punto se disiente de la sentencia recurrida— es que los acuerdos de administración se adoptan por mayoría, y que el carácter mancomunado de la administración impide dividir o parcializar la obligación de rendir cuentas conforme a la naturaleza de ésta (arts. 1137 y 1151 del Código Civil), que afecta a todos los comuneros con cuya mayoría aquélla se ejerce. Son justamente las obligaciones mancomunadas indivisibles las que permiten la apreciación de esta excepción, frente a las que tienen carácter solidario (sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 1989, entre otras muchas). Las circunstancias mencionadas conducen, valoradas y ponderadas las razones jurídicas aducidas en el motivo, a su estimación, en parte, y, en consecuencia, a la casación de la sentencia recurrida en cuanto afecta a la referida condena, dada la naturaleza inescindible de la obligación a que se refiere.

Indemnización de daños y perjuicios limitada a los intereses. No cabe condena a indemnizar por otros conceptos, condicionada a que se prueba la existencia de daños y perjuicios en ejecución de sentencia.—La solución jurídica ofrecida por el Tribunal colegiado que refiere los perjuicios de las cantidades que deban reintegrarse, al límite de los intereses, una vez que se practique la oportuna liquidación, se apoya, según se colige, en la escasa e insuficiente base probatoria, reconocida por el propio Juez de Primera Instancia de la condena, que añade a la obligación de reintegrar, consistente en una genérica indemnización de daños y perjuicios, tras establecer que no puede dictaminar, pese a la numerosa documentación presentada por el actor, «si ello es o no suficiente para una adecuada censura de su gestión»; condena de carácter condicional, según refleja el último inciso del apartado quinto de la parte dispositiva de la sentencia de primer grado («..., condenándole además al pago de los daños y perjuicios causados a los titulares de la empresa, en el caso de que resulte una irregular o negligente administración...»). No parece adecuado que la base probatoria de la condena, conforme al art. 1101 del Código Civil (dolo, negligencia o morosidad), a la indemnización de los daños y perjuicios, o en el caso específico del mandato, la prueba de la inejecución del mandato (art. 1718 en relación con el art. 1719 del Código Civil) sea pospuesta a la condena misma, ya que la autorización concedida al juzgador por el art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite una condena condicional sobre el pronunciamiento mismo acerca de los daños y perjuicios, sino una condena indeterminada («a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia»). (S.T.S. de 27 de abril de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Una heredera y su cónyuge instaron un juicio declarativo contra la hermana, el cuñado y la madre de la primera, solicitando la partición de la herencia y otros extremos, entre los que se encontraba una solicitud de rendición de cuentas del negocio en que consistía el caudal hereditario a cargo de la primera y el segundo demandado, pero no de la tercera demandada, madre de la actora. Reconvinieron los demandados pidiendo y obteniendo que los actores rindieran también cuentas del período en que gestionaron el negocio. (L. F. R. S.)

33. Declaración de paternidad.— Lo que plantea la recurrente es que en este extraordinario recurso se lleve a cabo una nueva valoración de la prueba, y mayormente con base en alegaciones de índole meramente subjetiva, en contra de la objetiva apreciación probatoria llevada a cabo por la Sala sentenciadora de instancia, que reconoce la existencia de una convivencia al tiempo de la concepción de los menores J. y A. M. M. B. y el fallecido J. F. G., así como que éste ha tratado a los referidos menores como a sus hijos, revelando una posesión de estado de ellos de su filiación con relación a aquél, lo que es eficaz para reconocer paternidad, según el contexto del art. 135 del Código Civil y sentencias con él relacionadas, cuales las de 26 de marzo de 1903, 22 de marzo de 1919, 28 de noviembre de 1941 y 4 de mayo de 1946, por lo que dicha pretensión de la mencionada recurrente improcedente en casación, desde el momento que, según indican las sentencias de 24 de febrero, 30 de abril, 30 de junio y 2 de octubre de 1987 y 29 de

enero y 30 de junio de 1988, no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados unos determinados hechos, que han quedado incólumnes, es o no adecuada la solución jurídica apreciada en la sentencia recurrida. (**Sentencia 26 de junio de 1990**, no ha lugar.)

NOTA.—Insistir en que la *possessio filiationis*, que como una prueba indirecta más queda explicitada en el art. 135, será aquella situación fáctica que, a pesar de no ser ya en el momento presente, continua ni constante, ni notoria, no obstante, ha acreditado esos caracteres pretéritamente. Cobra así el valor de un hecho base indiciario más, sometido a la discrecionalidad del juez, quedando a la sana crítica de éste dilucidar si en el supuesto de autos ha existido o no posesión de estado, juzgando sobre la consolidación o no de ese estado posesorio filial, en atención a si examinando los antecedentes, circunstancias, la actitud contraria que vino a perturbar decisivamente la situación posesoria, ocurrió en un momento en que los reputados actos paternofiliales del presunto progenitor eran simplemente dudosos, genéricos, clandestinos, incapaces para desencadenar una situación constante e indicativa que revelara una posesión de estado o si por el contrario, aquellos actos eran directos, manifestando una relación constante del estado de filiación notoriamente acreditada. (F. L. Y.)

34. Reconocimiento de filiación no matrimonial.—La negativa a someterse a las pruebas biológicas a fines de investigación de paternidad, solamente tiene un valor indiciario, todo lo valioso que se quiera, para darle valor definitivo a efectos de reconocimiento de filiación, necesita estar unido a otras pruebas para poder producir el convencimiento de la paternidad que se reclama, según añade la sentencia de 27 de junio de 1987, doctrina ésta que por su abundancia excluye la *ficta confessio*, como ponen de manifiesto las sentencias de 7 de febrero y 8 de julio de 1986, 27 de junio y 12 y 14 de noviembre de 1987, dado que el sistema jurídico que rige actualmente en nuestro país después de la Ley 11/1981 concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas: las directas, entre las cuales y como más conocida está el análisis de los grupos sanguíneos, fiable absolutamente para descartar la paternidad, y con bastante aproximación para acreditarla, y las indirectas o presuntivas, referidas al consentimiento expreso o tácito, a la posesión de estado, a la convivencia con la madre en la época de la concepción y a otros hechos de los que se infiera la filiación de un modo análogo, entrando la negativa a dejarse practicar la prueba biológica en el grupo de las meramente presuntivas, pero tal negativa, como ya tiene declarado esta Sala, al constituir el hecho base debe conducir congruentemente, mediante las reglas del criterio humano, al hecho-consecuencia, siendo este proceso función exclusiva del Tribunal *a quo*, sin que pueda exigirse tal actividad, ni tampoco impugnarse en casación, la circunstancia de no haberse empleado en la instancia la especial facultad que concede el art. 1252 del Código Civil, pues el admitirse tal práctica, sin acreditación eficiente de los hechos-base, se convertiría el extraordinario recurso de casación en una tercera instancia, lo que no es admisible según proclaman las sentencias de

11 de abril de 1947, 5 de octubre de 1966 y 21 de octubre de 1982, y mayormente en cuanto que, con relación a tal hecho base, se producen evidentes dudas en cuanto a la realidad de la paternidad del menor Juan Carlos Dávila Fernández, atribuida por la demandante, doña T. F. D., al demandado, A. P. A., al establecerse en la sentencia recurrida la posibilidad de haber mantenido la indicada demandante, al tiempo de la concepción del referido menor, relaciones sexuales con personas distintas del aludido demandado. (**Sentencia 20 de julio de 1990**, no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente, T. F. D., al amparo del número 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula con base en pretendida infracción de reciente doctrina jurisprudencial, reflejada en sentencias de esta Sala, de 14 de junio de 1988 y del mes de marzo de 1989, en cuanto entienden que la negativa a someterse a pruebas biogenéticas, para determinar los rasgos anatómicos y otros por parte del demandado, sin causa que lo justifique, conduce al reconocimiento de la paternidad solicitada, en cuanto ese comportamiento constituye una conducta obstruccionista que está en abierta contradicción con el art. 4.º del Código Civil, denotando un fraude de Ley, así como con el art. 7.º, 2.º, del mismo cuerpo legal sustantivo, al suponer un ejercicio antisocial de un derecho.

NOTA.—Es doctrina *nemine discrepante* en la jurisprudencia más reciente, que la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas no puede equipararse a la *ficta confessio*, sino que aquélla por sí misma no deja de ser una relevante prueba indiciaria valorada con las restantes pruebas practicadas (testifical, documental, constancia de la posesión de estado, convivencia *more uxorio* en la época de la concepción, etc.). (F. Ll. Y.)

6. SUCESIONES

35. Nulidad de cláusula testamentaria por incumplimiento de condición potestativa de hechos pasados.— Como negocio jurídico o declaración de voluntad no recepticia y *mortis causa*, el testamento no despliega su eficacia hasta que se abre la sucesión. Cuando la voluntad del causante se subordina al cumplimiento de una condición, se hace necesaria la interpretación de esta voluntad. La condición de cuidar al causante hasta su fallecimiento, suspensiva, por tanto, y consistente en hechos pasados, puesto que han de existir antes de que el causante fallezca, se considera potestativa.

Si el causante, por propia voluntad, cambia de domicilio, no por ello ha de entenderse que la condición se ha incumplido, puesto que fue el propio testador quien lo provocó y, por tanto, ha de tenerse por cumplida, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 798 del Código Civil.

Si las hijas recurrentes, presumiblemente interesadas en el incumplimiento, con su conducta lo producen, se entiende igualmente cumplida la condición, en virtud del art. 798 del Código Civil.

Intangibilidad de las legítimas.—Se respeta la legítima si, actuando el causante, en virtud del art. 823 del Código Civil, dispone en favor de sus descendientes en segundo grado (nietos) del tercio de mejora y de libre disposición. (S.T.S. de 9 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Abierta la sucesión testamentaria, en la que el causante dispuso del tercio de mejora y de libre disposición a favor de su nieto, bajo condición potestativa, e instituye herederos por partes iguales en el remanente a sus hijos, éstos, entendiendo incumplida la condición expresada en el testamento, formularon demanda, suplicando al Juzgado dictase sentencia declarando nula la cláusula testamentaria en favor del demandado, condenando a éste a que reconozca, acate y consienta que los únicos herederos son los actores.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (R. D. R.)

36. Testamento: inobservancia de las formalidades previstas por la Ley. Falta de idoneidad de un testigo.—Uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa* es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma y no convalidables posteriormente. (Sentencia de 9 de mayo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. A. I., ya fallecido, había otorgado testamento abierto en el que uno de los testigos intervinientes era pariente en segundo grado de afinidad de un heredero. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid confirmó la sentencia apelada, desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. J.-C.)

37. Juicio de testamentaria. Impugnación de operaciones particionales. Innecesariedad de asistencia de perito junto al contador-dirimiente.—No se entiende vulnerado el art. 1071 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 1059 del Código Civil, relativo a la colaboración técnica adecuada con el contador para el avalúo de los bienes hereditarios, cuando los interesados en la herencia han conferido a éste amplias facultades para apreciar la necesidad o no de la intervención de peritos, las diferencias en las valoraciones efectuadas por los designados por las partes son mínimas y el contador ha recibido asesoramiento de persona perita en la materia.

Inaplicabilidad por la Jurisdicción Civil de preceptos urbanísticos.—La calificación del suelo, según se desprende de la normativa urbanística, es una cuestión administrativa reservada al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no puede suscitarse ante los órganos de la Jurisdicción Civil, que se encuentra vinculada por la clasificación hecha por aquélla.

Principio de igualdad en la partición.—«La división, como cuestión de hecho, cuando de fincas se trata, es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora» (S.T.S. de 25 de mayo de 1932 y 5 de octubre de 1961, entre otras).

El art. 1061 del Código Civil tiene un carácter más bien facultativo, puesto que no se refiere a la necesidad de observar una igualdad matemática y absoluta (S.T.S. de 17 de junio de 1980), sino una posible igualdad esencial en la formación de los lotes atendiendo a las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes «cuando fueran adjudicados» (art. 1074 del Código Civil). (S.T.S. de 14 de julio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Seguido juicio voluntario de testamentaría para la división de herencia, y confeccionado el proyecto de partición por el contador-dirimente designado en la junta de herederos, se formuló demanda por un interesado, suplicando que se declarase sin efecto el proyecto de operaciones particionales y que por el citado contador, con la mediación de perito para la valoración, se rectifique dicho cuaderno particional, guardando la debida proporción entre los bienes de la herencia.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prosperó el recurso de casación. (R. D. R.)

II. DERECHO MERCANTIL

38. Los contratos de arrendamiento y fletamento de aeronaves.—Nuestro derecho sustantivo no regula ni el fletamento ni el arrendamiento de aeronaves, por lo que la doctrina acude a la aplicación analógica de las normas propias del derecho marítimo para decidir las cuestiones cuya regulación no la haya previsto la libertad contractual de las partes. Según el derecho marítimo, se entiende genéricamente como contrato de fletamento aquél que tiene por objeto la explotación de un buque y consiste en proporcionar su utilización a persona distinta del propietario. Otra forma de cesión del uso es el arrendamiento, para cuya distinción con el fletamento propiamente dicho, el fletante no se desliga de la perfecta consumación de la obra. Sobresale en el fletamento el transporte sobre la cesión de la cosa.

Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.—La regla general de que el actor es libre de traer al pleito a quien entiende que le niega, desconoce, contraría sus derechos o le incumple deberes, tiene como excepción los supuestos en que la resolución que se dicte haya de afectar a sujetos ajenos a la litis a causa de algún vínculo o nexo de carácter indisoluble que tengan con la relación jurídico-material controvertida. Es este nexo inseparable el que exige una resolución uniforme o impide decidir por separado y obliga a analizar si se da en el objeto de este proceso (...) Según el Código de Comercio, art. 246, cuando el comisionista actúa por su propia orden y contrata en nombre propio queda obligado de modo directo, como si el negocio fuere suyo, con las personas con quienes contratare,

las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éstas contra aquéllas y no tiene necesidad de declarar quienes son. (S.T.S. de 26 de julio de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad «Cargo Charter, S. A.», en calidad de comisionista, celebró un contrato de fletamento con la compañía, «Iberia, Líneas Aéreas Españolas, S. A.». En el contrato, la sociedad contratista se comprometía a facilitar un avión tipo B-707 para realizar vuelos comerciales en unas determinadas fechas. La compañía Iberia, por su parte, se obligaba a pagar el precio estipulado.

Presentada al cobro la factura, Iberia se negó a pagarla alegando que no se habían podido realizar los vuelos previstos, porque el avión proporcionado, propiedad de la compañía americana «Race Aviation», había sufrido serias averías y había tenido que ser sustituido por otro similar, propiedad de la compañía «African International Airways». Además, este último avión sólo pudo realizar una única travesía de las pactadas por carecer de los permisos de vuelo de las autoridades españolas.

La sociedad «Cargo Charter» interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia una demanda contra Iberia por incumplimiento contractual, reclamando el pago del precio correspondiente a los vuelos no efectuados. El Juzgado y, en el posterior recurso, la Audiencia estimaron que una sentencia resolutoria del fondo afectaría necesariamente a las compañías propietarias de las aeronaves y, por ello, apreciaron la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. El Tribunal Supremo estima que no procede la excepción y, entrando a conocer del fondo del asunto, condena a Iberia al pago de la cantidad reclamada, más los intereses legales devengados desde el día en que finalizó el contrato. (G. D.-P. G.)

39. Contrato de cuenta a plazo indistinto. Naturaleza jurídica.—En este contrato parece que los rasgos típicos del contrato de depósito se atenúan de tal modo que hacen pensar en su transformación en un préstamo; contrato en el cual, al contrario de lo que acontece en el depósito, es esencial que el prestatario tenga a su favor un plazo de disfrute del capital prestado; en tal supuesto la doble disponibilidad que caracteriza al depósito se reduce a una disponibilidad unilateral a favor del banco, dando origen a un contrato mercantil «sui generis», que no es puramente préstamo ni depósito, aunque contenga aspectos característicos de uno y otro, pues que la intención de las partes no es la de conceder y recibir un préstamo, sino simplemente el convenir la finalidad perseguida por el cliente del banco de mantener una determinada y fluctuante cantidad de dinero, por más o menos tiempo, en las cajas de la correspondiente entidad bancaria, como verdadera colocación de capital, documentada en lo que se designa «imposición a plazo», con el alcance de que, aunque se le califique de contrato de préstamo subsiste el carácter real y unilateral propio del depósito, en el que las obligaciones fundamentales a cargo del banco (restitución y abono de intereses) son las mismas que en el depósito a la vista, con la diferencia de que en el depósito a plazo la restitución no se hace simplemente a requerimiento del depositante sino que ha de hacerse precisa-

mente al término del vencimiento fijado en el contrato, que viene establecido exclusivamente en favor del banco y que, por tanto, puede renunciar a él en cualquier momento.

Depósito a plazo. Forma. Título de legitimación.—El contrato de depósito a plazo, de carácter solemne, documentado normalmente a medio de la llamada «libreta de imposición a plazo», la cual conteniendo adecuadas casillas para anotar las correspondientes entregas y reintegros, así como los saldos acreedores y sus intereses, tiene el carácter de nominativa e intransfrible y posee la consideración de título de legitimación.

Carácter indistinto.—No obsta al carácter indistinto el que en la solicitud de apertura de la cuenta, efectuada personalmente por doña Silvia D. F. no conste tal carácter, pues existiendo esa constancia indistinta en la correspondiente libreta expedida a causa de aquella solicitud tanto significa que era con ese carácter, pues como tal fue aceptada dicha libreta por doña Silvia, que además fue quien personalmente constituyó la cuenta, en la que figuran como beneficiarios doña Julia, don Enrique y don Eugenio.

Doctrina jurisprudencial sobre solidaridad activa.—La solidaridad no requiere su expresión o constancia expresa, es decir escrito literal, ni, por tanto, que se exprese ese término, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación, que es precisamente la voluntad revelada con la constitución de la cuenta bancaria que ahora se examina, que posibilita que cualquiera de los acreedores de ella solidarios pueda pedir íntegramente la cosa objeto de la obligación establecida con tal carácter, sin perjuicio de las deudas que pudiera afectar a los cotitulares entre sí, pero no al deudor de ella; por lo que en este caso resulta correcta la devolución efectuada por la entidad bancaria demandada a la constituyente de la expresada cuenta, en tanto no se haya producido reclamación judicial por cualquiera de ellos, lo que no ha sucedido.

Defectos del recurso. Las infracciones de valoración de la prueba deben denunciarse por la vía del n.º 5 del art. 1692 L.E.C.—El error en la apreciación de la prueba no tiene cabida en el n.º 4.º sino en el 5.º del art. 1692 L.E.C. que afecta a las infracciones de normas del ordenamiento jurídico, y, entre ellas, las que guardan relación con las reglas de interpretación, como indican las sentencias de 6 de febrero, 23 y 25 de junio de 1987, y 10 de febrero y 19 de octubre de 1988. (Sentencia de 28 de mayo de 1990, no ha lugar.) (G.G.C.)

40. Aplicación e interpretación de las normas administrativas sobre prohibición de marcas.—El art. 14.4.1 del Real Decreto 2119/1981 de 24 de julio de Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de las aguas de bebida envasadas, dando por supuesta la existencia de la marca (o marcas), en la regulación cuyo registro, como es obvio, no entra, lo que prohíbe es que al amparo de una marca ya registrada y existente, se comercialicen y vendan aguas de las diversas clases que define, procedentes de diferentes oríge-

nes, con lo que se está refiriendo a una actividad posterior, cual es la utilización de una marca, ya registrada y existente, para comercializar aguas procedentes de distintos orígenes, lo que dará lugar, caso de producirse, a las sanciones correspondientes por infracción de las normas en materia de Disciplina de Mercado o en materia sanitaria, para lo que son competentes los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, de Sanidad y Consumo, de Industria y Energía, de Economía y Hacienda y los órganos competentes de otras administraciones públicas, en la esfera de sus respectivas competencias, todo lo cual queda fuera del ámbito propio de la normativa reguladora de la Propiedad Industrial.

Prohibición de utilizar como marcas las denominaciones geográficas y las regionales.—El n.º 6.º del art. 124 del Estatuto de Propiedad Industrial no puede ser entendido en su sentido estricto y literal, sino que la exégesis y aplicación de la norma prohibitiva que contiene, exige la ponderación de otros factores hermenéuticos y de modo principal las finalidades que persigue de protección y defensa de intereses locales o regionales, de evitar el monopolio por una marca individual de lo que solamente puede ser objeto de una colectiva y de impedir las falsas indicaciones de procedencia expresas o implícitas. (S.T.S. de 11 de junio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad «La Casera, Central de Servicios, S. A.» solicitó, el día 12 de enero de 1982, al Registro de la Propiedad Industrial, la concesión de registros de varias marcas nacionales para aguas de bebida envasadas. Todas las marcas tenían la denominación común de «Monteverde» y a continuación la indicación de su origen regional. Estas solicitudes fueron objeto de oposición por parte de la entidad A.N.E.A.B.E.

Por resolución de 5 de enero de 1983 y como consecuencia de esta oposición, el Registro denegó la inscripción de las citadas marcas. «La Casera» interpuso recurso de reposición, con fecha de 29 de abril de 1983, que fue estimado por el Registro, quien le concedió las marcas impugnadas.

Apelado este acuerdo, la representación de A.N.E.A.B.E. solicitó que se declarara alternativamente la nulidad del registro de todas y cada una de las marcas o la supresión de la denominación geográfica que acompaña a la palabra «Monteverde», de conformidad con el art. 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial. La Audiencia desestimó totalmente el recurso y absolvió a la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (G. D.-P. G.)

41. Carácter provisional de la fecha de retroacción en la declaración de quiebra.—Dada la naturaleza del auto de declaración de quiebra, la fijación de la retroacción por él mismo se efectúa con carácter provisional, es decir, «en calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero», como ya disponía el art. 1024 del viejo Código de Comercio de 1829. Provisionalidad que significa, obviamente, que cabe y hasta es aconsejable la revisión de la fecha de retroacción en favor de afectados de buena fe, planteada aquélla en tiempo hábil, pero que no impide tampoco

la producción de los efectos correspondientes (provisionales) de la fecha de retroacción en tanto ésta subsista como tal y mientras no se produzca la posible o aconsejable revisión de dicha fecha.

Necesidad de la previa delimitación del significado de los actos del quebrado a efectos de su nulidad.—El sometimiento de los actos del quebrado a efectos de la nulidad ex art. 878.2.º del Código de Comercio exige la previa delimitación del significado del acto en cuestión, de modo que permita su encuadramiento dentro de esos actos de «dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos» que el propio precepto contempla (...) Más la variedad de supuestos posibles que exigen la correspondiente adecuación dentro de lo que puede representar la compleja actividad de una empresa, han de ser analizados partiendo del contenido del referido art. 878.2.º del Código de Comercio, para cuya aplicación, en nuestro caso, no suponen óbice las soluciones avanzadas por la doctrina a propósito de la protección que para el tercer adquirente se derivan de la legislación hipotecaria (es decir, la protección del subadquirente, quien adquiere del adquirente, inscrito, del quebrado), ni las orientaciones del anteproyecto de Ley Concursal, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación (1983), donde, por lo demás, se mantiene la figura de la retroacción con determinados efectos (arts. 181, 182 y 186). (S.T.S. de 11 de julio de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—Una conocida entidad bancaria concedió, el 9 de junio de 1981 a don V. M. T. un préstamo sujeto a condición suspensiva. En garantía del mismo, y con el consentimiento de su cónyuge, el prestatario constituyó hipoteca sobre dos fincas inscritas a favor de dicha entidad. La hipoteca garantizaba la devolución del principal, el pago de cinco anualidades de intereses y otra cantidad para costas y gastos. Las fincas fueron valoradas en una suma superior al montante de la deuda. La condición suspensiva consistía en la presentación del acta notarial acreditativa de la entrega del capital del préstamo por parte del prestamista.

Con posterioridad, el Notario autorizó el acta, que fue presentada en el Registro, extendiéndose las correspondientes anotaciones al margen de la inscripción de la hipoteca y haciéndose constar el cumplimiento de la condición. En esa misma fecha estaban presentados en el Registro diversos mandamientos judiciales para la anotación preventiva de embargos, practicados sobre las dos fincas hipotecadas. Estas anotaciones fueron instadas por diversos acreedores y quedaban sujetas a responsabilidades pecuniarias por un valor superior al cuádruple del de la tasación.

Dada la previa inscripción de la hipoteca, el crédito de la entidad bancaria era preferente a los anotados y a todos los demás títulos de crédito, a pesar de que las ejecuciones eran de fecha anterior al otorgamiento de la misma.

Debido a la evidente insolvencia del deudor y a su incumplimiento general en los pagos, sus acreedores instaron la declaración de quiebra y así lo estimó el Juzgado de Primera Instancia, retrotrayen-

do los efectos de esta declaración al día 13 de octubre de 1980. Ningún acreedor impugnó la fecha de la retroacción provisional y el Juzgado la tuvo por definitiva.

Por su parte, la entidad bancaria instó procedimiento sumario de ejecución de la hipoteca, ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid.

La Sindicatura de la quiebra entendió que la hipoteca, constituida en período de retroacción, era nula y carecía de eficacia. Promovida la demanda ante el Juzgado y estimándola, declaró la nulidad de la hipoteca, de las inscripciones que se hubieran efectuado o se efectúen de las fincas como consecuencia del procedimiento sumario de ejecución de la misma, que también declaró nulo, y condenó a los posibles adjudicatarios a reintegrarlas con sus frutos a la masa de la quiebra.

Apelada esta sentencia, la Audiencia desestimó el recurso confirmando.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (G. D.-P. G.)

42. Oposición a la declaración de quiebra necesaria. La cualidad de comerciante debe ostentarse al sobreseerse los pagos.—El citado documento no contradice lo afirmado por la Sala sentenciadora acerca de la condición de comerciante del recurrente, por otra parte, por él reconocida en su confesión judicial, en la época a que se refiere el sobreseimiento en el cumplimiento de sus obligaciones, no siendo óbice para la declaración de quiebra el que el quebrado no ostente esa condición en el momento de dictarse el auto por haber cesado en el ejercicio del comercio, si está probado que lo ejercía al tiempo en que sobreseyó pagos. (Sentencia de 12 de julio de 1940.)

El pago de una deuda concreta no obsta a que se considere el sobreseimiento general en el pago.—El submotivo *b)* ha de ser rechazado por cuanto el pago de uno de los créditos que pesaban sobre el quebrado no contradice el cese de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones por aquél, ya que, en modo alguno, la declaración de quiebra exige que tal cese lo sea de una manera total.

No vinculación a las valoraciones de bienes efectuada por el quebrado en escrituras de constitución de hipotecas.—En el apartado *d)* de la fundamentación del recurso se pretende atacar la conclusión a que llega la Sala sentenciadora sobre la situación patrimonial del quebrado, aduciendo a tal efecto la valoración de los bienes constitutivos de su activo que se contiene en las escrituras de hipoteca inmobiliaria y mobiliaria por él constituidas; ahora bien, tales valoraciones constituyen una manifestación de las partes intervinientes en el contrato de hipoteca no amparada por la fe pública notarial y sometida, por tanto, a la libre apreciación del Juzgado de instancia al igual que los dictámenes periciales extrajudiciales sobre el valor de los bienes hipotecados. (S.T.S. de 10 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente había formulado oposición a la declaración de quiebra necesaria, por no haberse tenido en cuenta un documento en el que constaba su baja en licencia fiscal tres años antes de la declaración judicial de quiebra. También alegaba que no se había producido un sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones y que los bienes de su activo no se habían valorado correctamente. (L. F. R. S.)

III. DERECHO PROCESAL

43. Impugnación de tasación de costas. Normativa orientadora de honorarios profesionales. Partidas indebidas.—Las normas orientadoras de honorarios profesionales aplicables en un recurso de casación son las aprobadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, no aceptándose como tales las aprobadas por Colegios Provinciales.

Teniendo en cuenta que las normas n.º 71 a 75 del Colegio de Madrid, respecto al tema en cuestión, sólo hacen referencia a honorarios de Letrado por el concepto de «instrucción, preparación y asistencia a la vista del recurso», omitiendo el concepto de personación, quizá por encontrarse exceptuados de la firma del Letrado los escritos que tuviesen tal objeto (art. 10.4 de la Ley procesal), los honorarios devengados por tal diligencia, calificada de injustificada por la S.T.S. de 11 de mayo de 1984, no han de ser satisfechas por la parte adversa. En la misma situación se muestra la partida de «información y estudio de antecedentes», tampoco admisible, de no haber trámite de instrucción.

El pago de las pólizas de las Mutualidades, en el ámbito de Procuradores, tampoco es susceptible de imponerse a la parte condenada en costas, al incluirse, por ser de estricta significación y obligación colegial, en las «actuaciones no autorizadas por la Ley» (art. 424 de la Ley procesal).

La «hoja de bastanteo» resulta innecesaria si se cumple tal requisito reforzando la suficiencia del poder en el escrito de alegaciones o de personación (S.T.S. de 29 de enero de 1960, 28 de diciembre de 1962 y 23 de marzo de 1987), puesto que la «prevalencia de formulismos frente a un valor superior, como es la realización de la justicia, pugnaría con el principio constitucional de obtener la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 C.E.». Por ello, el importe del uso de tal formulismo no puede incluirse en la tasación de costas, al excluirse de éstas las actuaciones supérfluas (art. 424).

En el caso de que las partidas excluidas de la tasación por indebidas integrasen el contenido total de la tasación, ésta se declararía nula y quedaría, en consecuencia, sin efecto. (S.T.S. de 10 de septiembre de 1990, ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesto recurso de casación contra sentencia dictada por la Audiencia Territorial sobre inoficiosidad de donación, y desestimado por la Sala, condenando a los recurrentes al pago de las costas, se practicó la oportuna liquidación de gastos y tasación de costas, comprensiva del doble concepto de honorarios de Letrado y suplidos de Procurador de la parte recurrida, que fue impugnada por

los recurrentes al estimar indebidos todos sus conceptos, suplicando no tuviera lugar su aprobación.

La Sala dispuso la tramitación de la impugnación por las normas de los incidentes y acordó el paso de las actuaciones al Magistrado Ponente para su examen.

Se estima la impugnación. (R. D. R.)

44. Recurso extraordinario de revisión. Falta de legitimación activa de quien no fue parte en el proceso, por no poder afectarle la sentencia de desahucio.—Dicha alegación suscita, como cuestión fundamental y básica, el tema relativo a si está dotado de legitimación activa para promover este recurso extraordinario quien no ha sido parte en el proceso en el que recayó la sentencia firme, cuya revisión y anulación solicita. Sin dejar de reconocer que no es ésta una cuestión pacífica, ni para la doctrina procesalista, ni para la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 14 de febrero de 1986), que oscilan entre una posición restrictiva y rígida, que niega toda legitimación activa para promover el recurso de revisión al tercero que no fue parte (por sí o por sus causantes) en el proceso cuya sentencia firme trata de impugnar a través de este recurso extraordinario, y otra, más elástica o extensiva, que apunta la posibilidad de que, para evitar fraudes, pueda otorgarse legitimación activa a aquéllos a quienes puedan extenderse los efectos de la cosa juzgada, pese a no haber sido parte y no haber sido convocados a juicio, y aun cuando se aceptara esta última posición, por considerarla, tal vez, como el único medio posible para que el tercero afectado pudiera lograr la tutela judicial efectiva de su derecho, conforme al mandato del art. 24.1 de nuestra Constitución, lo que no puede discutirse es que el reconocimiento de dicha legitimación activa en favor de quien no fue parte en el proceso ha de venir, en todo caso, inexorablemente condicionado por el hecho de que la sentencia firme recaída en dicho proceso pueda afectarle o perjudicarlo de algún modo, lo que no ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que la sentencia firme recaída en el ya referenciado juicio de desahucio, seguido entre don Andrés Casal Sánchez, como demandante, y la entidad Gelogor, S.A., como demandada, sólo puede desplegar su eficacia entre quienes en dicho proceso fueron parte, y la ejecución de la misma, con el subsiguiente lanzamiento, como acertadamente dice el Ministerio Fiscal, «tendrá que limitarse a la entidad Gelogor, S.A., sin que en modo alguno pueda afectar a la posesión y uso de dicho local por la entidad Club Natación Sevilla». (S.T.S. de 15 de diciembre de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente, Club Natación Sevilla, era titular de una licencia de juego en Sala de Bingo, habiéndosele cedido la posesión y el uso gratuito de un local comercial por su propietario, mediante determinadas escrituras públicas. Para la explotación de la expresada licencia de juego, el Club Natación Sevilla contrató los servicios de una sociedad. El propietario demandó en juicio de desahucio por falta de pago a la sociedad explotadora, obteniendo sentencia firme a su favor. El Club Natación Sevilla no fue demandado en el procedimiento y pedía su nulidad, por haber maquinado fraudulentamente las partes del proceso, en su perjuicio, por alegar la

existencia de un contrato de arrendamiento que no existía en la realidad.

NOTA.—Siendo la finalidad del juicio de desahucio expulsar al arrendatario del local y, por consiguiente, que el arrendador —en este caso, propietario— recupere la posesión del bien arrendado, con la colaboración de la autoridad judicial, me parece claro que la obtención de ese resultado perjudicaría efectivamente a quien afirma ostentar un derecho —parece que de carácter real, aunque desconocemos el contenido de las escrituras públicas en que se otorgó— sobre el local objeto del procedimiento. El propietario, amparado en la fuerza oficial del Juzgado, procedería a desalojar —o embargar, para sujetarlos a las responsabilidades del procedimiento— los útiles, maquinaria y mobiliario del supuesto arrendatario, cambiando incluso las llaves de las puertas de acceso, lo que perjudicaría gravemente los intereses del titular de ese derecho de posesión, a quien se le obligaría a acudir a procedimientos judiciales, civiles y penales, en defensa de sus derechos. Constatada la falsedad del contrato, como reconoce la supuesta arrendataria, es obvio que el supuesto arrendatario quiere obtener con el juicio de desahucio un resultado que de otra manera no podría obtener. Denunciada por el verdadero perjudicado esa maniobra, el Tribunal Supremo le niega su protección, en base a una formal manifestación de ausencia de perjuicio. (L. F. R. S.)

45. Tercería de dominio.—Es doctrina reiterada de esta Sala que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la esposa no puede ser tenida como tercero y carece, por tanto, a estos efectos, de legitimación, tratándose en realidad de eludir la responsabilidad que alcanza a los bienes del matrimonio por una obligación contraída en septiembre de 1976 por los esposos, que redundó en interés de la familia (Sentencias de 6 de octubre de 1980, 21 de diciembre de 1985, 20 de febrero y 21 de diciembre de 1987), ya que aquéllos eran socios y miembros del Consejo de Administración de la sociedad constituida con posterioridad al matrimonio, a cuyo favor prestaron la garantía que se ejecuta, como expresamente se declara acreditado en la instancia en sentencias que, ya desde la de primer grado acogida por la apelación, hacen notar, con toda razón, la plena responsabilidad de los bienes afectados bajo cualquiera de las modificaciones del Código Civil habidos, toda vez que, ya sea por la facultad del marido para obligar a los gananciales al contraer a título oneroso, ya por la atribuida a cualquiera de los cónyuges por el art. 1365.2.º vigente, la actuación aquí contemplada no es cuestionable ni desde la vertiente civil ni desde esta otra constitucional con cita de última hora, que, con claro designio dilatorio, trae a discusión el principio de igualdad sin mayores precisiones que justifiquen su extemporánea invocación. (Sentencia 6 de junio de 1990, no ha lugar.)

NOTA.—Como ha explicado la doctrina (Torralba Soriano, Mata Pallares, por todos), la razón de que los bienes gananciales respondan

de estas deudas se encuentra, de una parte, en la lógica contrapartida de la condición de bienes comunes que tienen los ingresos profesionales de cualquier clase; de otra, por la consideración de que si no fuera así, el cónyuge podría encontrar dificultades en el desarrollo de su actividad, al quedar restringida su solvencia frente a sus posibles acreedores. (F. L. Y.)

46. Recurso de nulidad contra laudo arbitral por causa de inhabilidad del árbitro y por haber sido resuelta la discusión por sentencia judicial firme. Inadmisión por ir contra los propios actos.—Tanto la concurrencia, que se dice, en el árbitro de una causa de inhabilidad, como la derivada de haberle sometido puntos no controvertidos por haber sido ya resueltos por decisión judicial firme, no solamente implican una pretensión del actor contraria al principio que veda ir contra los actos propios, en el sentido en que la reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son muestra las sentencias de fecha 15 y 16 de febrero, 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988, y 25 de enero, 27 de febrero, 10 de mayo y 15 de junio de 1989, por no citar sino algunas de las más recientes, proclama su inobservancia, toda vez que el ejercicio de aquél de la acción anulatoria es incompatible con su conducta anterior (sentencia de 27 de marzo de 1958), ya que, con perfecto conocimiento de la situación subjetiva que ahora denuncia, concurrió libérrimamente a la suscripción primero del documento privado, y, luego, a formalizar una escritura de compromiso que, en términos de elemental buena fe, no puede ni desconocer ni sentirse desligado de las declaraciones por él mismo hechas en ella, so pena de manifestar un comportamiento radicalmente incoherente y, por tanto, intolerable, con su conducta anterior, sino que, por añadidura, olvida que, en lo que atañe a la por demás discutible (sentencia de 18 de febrero de 1988) inhabilidad del árbitro, la propia Ley (art. 23) prohíbe su utilización, en casos como el presente, como causa de impugnación del laudo y por lo que se refiere a la objeción hecha de sometimiento, a la decisión arbitral, de algún punto ya resuelto jurisdiccionalmente, los propios otorgantes de la escritura de compromiso hicieron la salvedad, en contemplación de tal evento, de que la suspensión de los procedimientos litigiosos en marcha, a que se comprometieron, había de hacerse «sin perjuicio de que lo actuado hasta la fecha mantenga su plena efectividad». (S.T.S. de 20 de marzo de 1990, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente era un socio de una sociedad propietaria de una discoteca que, disconforme con lo decidido en el laudo arbitral —al señalar la cantidad que a cada socio correspondería percibir, una vez fuera vendido el negocio—, alegaba la inhabilidad del árbitro y el hecho de que ciertas cuestiones sometidas al laudo ya habían sido resueltas judicialmente. (L. F. R. S.)