

## II. Sentencias

A cargo de: Alicia ASTRUC ASENSIO  
Asunción BERZAL MONTEJO  
Emilio BLANCO  
Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Nieves FENOY PICON  
Gabriel GARCIA CANTERO

### I. DERECHO CIVIL

#### 2. DERECHO DE LA PERSONA

**1. Adquisición por residencia de vecindad foral. Carácter automático. Extensión a mujer e hijos. Derecho Derogado.**—A la vista de la letra del artículo 15 del Código civil, en su antigua redacción, la vecindad civil de origen —en este caso, la común— es susceptible de ser modificada de forma automática, por la simple residencia del interesado en territorio distinto del de su vecindad originaria; nueva vecindad que, de inmediato, se proyecta sobre el cónyuge del adquirente y sobre sus hijos no emancipados, adquisición que opera por el transcurso de 10 años, a no ser que antes de terminar dicho plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario, tal como textualmente norma el párrafo 3.º de dicho precepto; de cuyo contexto se deriva que si una persona adquiere la vecindad en un territorio de derecho foral —en el caso, la catalana— automáticamente la adquieren su esposa e hijos, salvo que éstos, al llegar a la mayoría de edad, hicieran uso del derecho que en el párrafo 1.º del mentado artículo se les confiere, tanto los mayores como los emancipados, que no es otro que el de declarar que es su voluntad someterse al Código civil.

**Decreto de 12 junio 1899.**—Según dijo la sentencia de 6 junio 1927, la normativa contenida en el Real Decreto de 12 junio 1899, habida cuenta de su carácter reglamentario, no puede servir de fundamento a un recurso de casación.

**Régimen económico del matrimonio. Marido aforado catalán por dependencia familiar. Inaplicabilidad del régimen legal.**—Al tiempo de contraer matrimonio el marido ya había obtenido el estatuto de persona aforada en Cataluña, por lo cual el régimen del mismo no podía ser la sociedad de gananciales. (STS 20 diciembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—Curiosamente era la mujer catalana la que solicita se declare que el matrimonio estaba sujeto a la sociedad de gananciales, mientras que el marido, castellano de origen, hace valer la vecindad catalana que adquirió al variar la de sus padres por residir diez años en Cataluña. La doctrina actual no tiene dudas en el caso aquí contemplado: vid. Rodrigo BERCOVIT, *Comentario al artículo 14*, en *Comentarios Albaladejo I*, Jaén, 1978, pp. 489 y ss.)(G.G.C.)

**2. Derechos fundamentales de la persona. Principio de igualdad. Club deportivo. Acuerdo que impone desembolsos reintegrables a determinados socios.**—El que el desembolso reintegrable acordado por el Club afecte únicamente a determinada especie de socios (cabeza de grupo familiar, o que lo sean por sí mismos, es decir, sin dependencia con otra persona) no entraña violación del principio constitucional de igualdad, que no prohíbe toda diferenciación de trato, sino tan sólo las arbitrarias (SS. del TC de 21 abril 1982 y 1 junio 1983), ni afronta a los padres del menor ni a éste, que si para conservar su condición de socio infantil ha de efectuar aquella prestación reintegrable, ello sería mera consecuencia de la conducta paterna al perder su padre el carácter de asociado por negarse al pago provisional decidido por la Asamblea.

**La oportunidad del acuerdo que impone desembolsos extraordinarios excede del ámbito de la Ley de Protección de Derechos fundamentales de la persona.**—En cuanto a la oportunidad del acuerdo para la economía del Club o la de los socios o sus familias, claro está que se trata de problemas ajenos al procedimiento seguido, no utilizable para argumentar sobre su posible inconveniencia en lugar de acudir a otras vías, bastando insistir en que ha de tenerse por adecuado y equitativo el punto del acuerdo que limita la satisfacción de la cantidad reintegrable a los socios cabeza de familia o a los socios individuales, es decir, no interados en grupo familiar.

**Derecho a la jurisdicción.**—Como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 13 noviembre 1985, el artículo 24 de la Constitución no puede ser interpretado como exponente de un derecho incondicional a la protección jurídica, sino como derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, y en el presente caso la Sala de instancia razona correctamente que no ha existido conculcación de aquel principio constitucional, sin duda extraño a la cuestión planteada. (STS 7 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Parece nos encontramos ante un claro abuso de la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. En principio debe reconocerse a la asociación (un Club deportivo) autonomía para adoptar medidas al objeto de sortear las dificultades financieras por que atraviesa; y, entre ellas, las de repartir del modo que parezca razonable las nuevas cargas económicas entre sus miembros. Si el acuerdo adoptado por la Asamblea General no parecía acertado, debían agotarse los remedios ordinarios contra el mismo que la legislación establece. Invocar la violación del principio de igualdad constitucional parece, a todas luces, excesivo. La demanda, en cuanto al fondo, fue rechazada en ambas instancias y el Tribunal Supremo, con acierto, desestima el recurso. (G.G.C.)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**3. Préstamo privilegiado otorgado por Banco Hipotecario. Naturaleza de contrato normado. Fijación de intereses por Orden Ministerial.**—El contrato que liga a las partes es un contrato normado que surge de una cadena regular de disposiciones que no quebrantan lo dispuesto en el artículo 1.º-2 del Código civil, pues la Ley de Crédito Oficial de 19 junio 1971 permite al Gobierno la fijación de los tipos de interés, sin perjuicio de la concesión de créditos en condiciones excepcionales y, en definitiva, la sumisión del Instituto de Crédito Oficial al propio Gobierno a través del Ministerio de Hacienda, y, como consecuencia de tal potestad, el Gobierno promulga el Decreto de 28 marzo 1974, de cuyo artículo 7.º nace la delegación al Ministerio de Hacienda, de quien emana la Orden de 5 abril 1974, que fija el tipo de interés en el 5,5 por 100 para repatriados de Marruecos, sin que se acuse la existencia de norma alguna que impida la delegación en la materia de que se trata.

**Negativa del Banco Hipotecario a cumplir la Orden Ministerial.**—La base contractual viene determinada por la voluntad inequívoca de los prestatarios de acogerse a una disposición legal que rige el préstamo privilegiado para repatriados procedentes de Marruecos, voluntad mantenida antes, en y después de la perfección del contrato, y contradicha por el Banco que se negó a cumplir el Decreto de 1974 y la Orden del mismo año, que incidían en el contrato normado, por lo que la sentencia recurrida revisó dicho contrato para ajustar a la legalidad la cláusula de intereses.

**Actos Propios.**—El mantenimiento de la discusión en orden a los intereses impide estimar que los actores realizaron actos propios concluyentes de su aceptación, pues para que pueda apreciarse una conducta contraria a aquéllos se requiere que sea inequívoca (SS. de 17 octubre 1984 y 28 septiembre 1985).

**Estado de necesidad.**—Como ya consta el estado de discusión mantenido durante toda la vida contractual carece de trascendencia la razón por la cual los actores se avinieron a firmar la escritura pública de préstamo, después de intentar, durante más de dos años, su ajuste a la legalidad, aunque el transcurso de ese plazo no revela una errónea apreciación de estado de necesidad, que hace la sentencia recurrida.

**Nulidad parcial de la cláusula de intereses.**—La existencia de un contrato normado permite aplicar la doctrina de la nulidad parcial, o la revisión de ajuste de las prestaciones llevada al momento de la perfección del contrato, para su adecuación de la legalidad, sin que ello comporte la nulidad total del contrato, como se ha mantenido por este Tribunal en ocasiones análogas, como las de fijación de precio superior al autorizado en viviendas de protección oficial (SS. de 20 junio 1985 y 5 septiembre 1985).

**Rectificación de oficio del asiento de la hipoteca.**—La petición de reducir los intereses lleva consigo la rectificación del asiento correspondiente de hipoteca accesoria al préstamo, como exige el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de que se haga petición expresa de rectificación del asiento en orden a los intereses, como reconoce la doctrina de esta Sala en reiterada jurisprudencia que proclama la petición implícita de rectificación de los asientos registrales, cuando

se discrepa de los datos que aparecen en el Registro y cuando, como en este caso, la rectificación no afecta sustancialmente al asunto, y es consecuencia necesaria de la revisión (STS 16 septiembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Curioso supuesto de resistencia de un Banco oficial al cumplimiento de la normativa vigente; en particular, frente al interés del 5,5 por 100 legalmente fijado, se aplicó el 11 por 100. La parte prestataria, después de dos años de negociaciones infructuosas, accedió a la ilegal pretensión del Banco. La demanda de reducción de los intereses (basada en la cualidad de español repatriado de Marruecos que fija la legislación para beneficiarse del préstamo) es estimada en ambas instancias, e interpuesto recurso de casación por el Banco, es desestimado en ceñida sentencia de la que ha sido Ponente Carretero Pérez. Lo que se califica de «contrato normado», en realidad es un contrato forzoso del lado del Banco Oficial, quien no puede negarse a concederlo a los sujetos que reúnan los requisitos legales y, además, en las condiciones preestablecidas. Aunque algún autor niega la categoría de contrato a esta figura (Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* 1, p. 95), en realidad funcionan en el tráfico como tales, dado que para los particulares se dan todas las características del negocio patrimonial. De aquí lo correcto de utilizar la técnica de la nulidad parcial (la nulidad total hubiera supuesto «premiar» la desobediencia de la entidad bancaria). El Tribunal Supremo no entra, en el fondo, a valorar la situación de necesidad del prestatario, aunque tampoco descalifica la valoración positiva de la Audiencia Territorial. En realidad era innecesario dada la irregularidad de la conducta del prestamista, merecedora de corrección *ex officio*. (G.G.C.)

4. **Venta de local. «Error in substantia». Prueba.**—La posición o situación de un local, o de una finca, constituye, o puede constituir sobre todo cuando se trata de instalar un futuro establecimiento mercantil, una condición que afecta a la esencia del objeto sobre el que recae el negocio transmisor, de suerte que el equívoco posicional del local vendido en este caso, pudiendo muy bien influir decisivamente en la prestación del consentimiento preciso para la validez del contrato, y dado que ha sido afirmado en forma tan rotunda, dicho equívoco, por el Tribunal de instancia, previa investigación de los elementos concurrentes, se trata de una cuestión de hecho que sólo puede combatirse en casación por la vía del error de hecho o de derecho. (STS 24 septiembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—El actor adquirió del Instituto Nacional de la Vivienda un local para instalar una carnicería, encargando los planos de adaptación; desiste de su propósito y lo vende a quien pretende instalar un estanco, encargándose al mismo técnico las obras de adaptación. Pretende el actor que se condene al pago del precio aplazado y a la elevación del contrato a escritura pública; en reconvención el adquirente pide que se declare la nulidad de la venta por error, ya que se contrató sobre plano respecto de un local que formaba esquina, cualidad que no tenía en la realidad y que daba por supuesto el técnico que realizó ambos proyectos de adaptación; en primera instancia se estima la demanda, mientras que en apelación se estima la reconvención, apreciándose *error in substantia*. El Tribunal Su-

premo (Pte. Malpica González), aparte de apreciar defectos formales del recurso, sienta el alcance que puede tener el error sobre la ubicación del local en el negocio transmisivo, afectando a la sustancia del objeto sobre el que recae el negocio transmisor. Sin perjuicio de lo correcto del razonamiento del Tribunal Supremo, ¿no cabría pensar en una conducta dolosa del vendedor al advertir que el local no reunía condiciones, pese a lo cual transmite? (G.G.C.)

**5. Compraventa de inmueble. Dolo.**—Hay dolo que vicia el consentimiento porque el vendedor era consciente de que en el proyecto de reparcelación la superficie edificable total del inmueble se redujo de un total de 485,44 metros cuadrados a 240,338 metros cuadrados de edificabilidad, sin que advirtiera al comprador tal circunstancia, ni por escrito, ni verbalmente (STS 1 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Debe reseñarse que ambos contratantes eran de nacionalidad alemana y que el precio de la compra se había fijado en marcos alemanes, radicando la finca en Canarias. ¿Cabe valorar, en principio, la existencia de dolo con los mismos parámetros que si los contratantes fueran españoles? (G.G.C.)

**6. Compraventa simulada. Fraude a los derechos de legitimarios.**—Según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa.

**Causa ilícita. Nulidad absoluta del negocio.**—Acreditada la ilicitud de la causa que medió en el contrato de compraventa cuestionado, la condigna consecuencia que a ello corresponde es la declaración de nulidad, desde el momento en que la tesis que propugna el recurrente de que el negocio simulado encubría una donación válida y eficaz, es inadmisibles en casos como el que ha sido objeto de la presente controversia. (STS 20 diciembre 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—En escritura pública los difuntos padres hicieron constar que vendían a su hijo y a su esposa determinados bienes inmuebles. Los restantes hijos solicitaron en la demanda la nulidad absoluta de la compraventa, porque no existió precio alguno.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda, considerando nula la compraventa. No prospera el recurso de casación.

**7. Interpretación del contrato.**—La facultad de interpretar los contratos viene atribuida a los Tribunales de Instancia, labor exéctica que ha de ser mantenida en casación, salvo en aquellos supuestos en que el resultado a que la Sala «a quo» llegue sea ilógico, desorbitado o vulnere alguna norma positiva.

**Cláusula de carácter exclusivamente moral.**—Existe una constante y reiterada doctrina de esta Sala al hacer la exégesis de la controvertida cláusula, en el sentido de que su carácter es exclusivamente moral, sin contenido obligatorio y sin

que exista uso mercantil alguno que obligue a los bancos a vigilar en el terreno de los hechos la aplicación efectiva de los préstamos otorgados con una determinada finalidad. (STS 23 octubre 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un banco y una compañía de seguros suscribieron una póliza de afianzamiento de crédito para la prefinanciación de exportaciones sin pedido en firme, debiendo significarse que la intervención del banco en ella tuvo lugar en el concepto de asegurado. El banco reclamó la indemnización del siniestro producido por la pérdida parcial de un préstamo concedido y que fue exigido por la compañía aseguradora.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda de reclamación de cantidad. No prospera el recurso de casación.

**8. Interpretación del contrato.**—La labor de interpretación de los contratos concierne a los Tribunales de instancia, y que si bien es lícito impugnarla en casación, la interpretación verificada por el Tribunal «a quo» siempre habrá de ser mantenida, mientras se acomode a los límites de lo racional y lo lógico, incluso en aquellos casos en que pueda haber alguna duda de su exactitud rigurosa.

**Criterios de interpretación del contrato.**—La labor exegética ha de llevarse a cabo tras un examen del contrato en su clausulado, como un conjunto orgánico, sin detenerse exclusivamente en la literalidad, tratando de llegar al convencimiento de lo que fue realmente querido por las partes, más aún en aquellos casos en los que el sentido literal no sea suficientemente claro, de ahí que para alcanzar cuales hayan sido el espíritu y la finalidad perseguidos por el negocio debe acudir-se al examen y valoración de las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores, reveladoras de la total conducta de los interesados.

**Cláusula penal. Moderación judicial.**—Es doctrina de esta Sala que el uso de la facultad moderadora que proclama el artículo 1.154 del Código civil, al llevar implícito un juicio de equidad, no es revisable en casación. (STS 21 febrero 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**—La parte actora vendió a los codemandados una casa con la finalidad de ser demolida, construyéndose sobre el solar resultante una nueva edificación. Se estableció como precio una parte en metálico, que fue oportunamente satisfecho, y otra en un porcentaje de participación en pisos y en bajos comerciales. Los compradores realizaron obras de ampliación en el nuevo edificio, pretendiendo por ello la parte actora que se tuvieran en cuenta a la hora de aplicar el porcentaje pactado, a lo que aquéllos se opusieron.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por los compradores.

**9. Compraventa condicional. Calificación e interpretación del contrato. Relevancia de los motivos.**—Para calificar el contrato discutido no basta con atenderse al tenor literal porque los términos de aquél no son tan claros que impidan dudar

de la intención de los contratantes, en cuanto que las palabras parecen contrarias a dicha intención, pues el declarar que es una compraventa no significa que lo sea pura y simple si se tiene en cuenta el contexto contractual, interpretando las cláusulas unas con otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, y al propio tiempo se atiende a los actos coetáneos y posteriores, de todo lo cual resalta el contenido del apartado c) de la estipulación 2.<sup>a</sup> del contrato según la que parte del precio se computará con la entrega de un apartamento en el edificio a construir, completado con la estipulación 6.<sup>a</sup>, referente a la también entrega al vendedor, en el mismo concepto, de un local destinado a depósito de utensilios de náutica; y sobre todo es de señalar lo que prácticamente aparece en todas las cláusulas, viniendo a ser una constante del pacto, que es la finalidad perseguida por los contratantes, que no es el simple trueque de cosa por precio, sino la construcción de unos apartamentos, hasta el punto de que viene a configurarse como la verdadera causa del contrato, cuyo concepto tiene ciertamente un sentido objetivo en la definición genérica del artículo 1.274 del Código civil, ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado en mantener, pero que es totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir parte de aquélla, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud (caso de la donación remuneratoria del art. 642 C.c.), como de la ilicitud (supuesto del fraude acreedores de los arts. 643 y 1.111 C.c.), siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o, al menos, relevantes.

**Concepción subjetiva de la causa.**—La concepción subjetiva de la causa repercutió en España tanto científica como, sobre todo, jurisprudencialmente, llegando a crear respecto de ésta un cuerpo homogéneo e indiscutible, a partir de la sentencia de 2 abril 1941, seguida, entre otras, por las de 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950, 29 abril 1951, 17 marzo 1956, 23 noviembre 1961, 23 diciembre 1966 y 8 julio 1977, que precisa la doctrina, unánime y reiteradamente seguida hasta el momento actual, que debe ser reiterada, en virtud de la cual, las partes, de común acuerdo, haciendo uso de la libertad contractual del artículo 1.255 del Código civil, elevaron la finalidad particular perseguida, a causa determinante del contrato, poniéndola como condición del mismo, de indiscutible admisibilidad, pero con el triple límite que el indicado precepto establece.

**Condición de imposible cumplimiento. Causa ilícita.**—La validez del pacto dependía de que se pudiese realizar la construcción, pues caso contrario se trataría de una condición ilícita por contraria a la ley y chocaría con el precepto del artículo 1.275 del Código civil, a cuyo tenor los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, y el derecho de opción ejercitado por el comprador, aparte de actuarse de modo extemporáneo, carecía de fundamento jurídico al haber devenido ilícita la causa en que se apoya, lo que impedía la opción al no quedar otra alternativa que la resolución del contrato. (STS 30 diciembre 1985, ha lugar.)

NOTA.—Las consideraciones sobre la causa subjetiva son hoy doctrina generalizada en la doctrina española. La sentencia parece seguir de cerca a ALBALADEJO, *Derecho civil* I-2.<sup>o</sup>, 6.<sup>a</sup> ed. (Barcelona 1980), pp. 275

y ss.; también LACRUZ, *Elementos* I-3.º (Barcelona, 1984), pp. 220 y siguientes. (C.G.C.)

**10 Deuda en moneda extranjera. Momento de la conversión a pesetas.**—A tenor del artículo 1.170, párrafo 1.º, del Código civil, las deudas de dinero habrán de pagarse en la especie pactada, en este caso, marcos alemanes, y al aceptarse por la entidad acreedora la imposibilidad de pagar en tal especie, ha de tener lugar su conversión a pesetas; y a fin de que el acreedor reciba el contenido íntegro de la obligación conforme a los artículos 1.157 y 1.166 del Código civil, que consagran el principio del pago total y de la imposibilidad de sustituir o alterar la prestación convenida, es acertado el criterio del juzgador de instancia de fijar la cotización del marco el día en que se proceda efectivamente a su pago en pesetas, solución preferible a la de atender al cambio del día del emplazamiento del demandado, patrocinada de algún modo por la sentencia de 23 diciembre 1954, si bien las sentencias de 3 octubre y 9 noviembre 1957 optan ya por el día del pago, que es la más apropiada al caso, dado que la renuncia al pago no ha de proporcionar ventaja alguna al deudor. (STS 26 diciembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—El último argumento tiene su base en la progresiva e ininterrumpida devaluación de nuestra moneda respecto al marco alemán, y no podría utilizarse en el caso de una revaluación de la peseta en el período comprendido entre el emplazamiento del demandado y la ejecución de la sentencia. Creo que la doctrina que se sostiene en la sentencia extractada es defendible, aun sin dicho argumento. (G.G.C.)

**11. Imputación de pagos.**—La imputación de pagos implica que la designación de la deuda entraña una declaración de voluntad recepticia, en principio correspondiente al deudor, siendo la acreditación de tal extremo una cuestión de orden fáctico-jurídico, sin perjuicio de que el acreedor, incluso después de verificado el pago, pueda proveer al deudor de un recibo expresivo de la aplicación de aquél. (STS 25 octubre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de determinadas relaciones comerciales, la entidad demandada adeudó al demandante una determinada suma, existiendo tres letras avaladas por una persona para asegurar el derecho del acreedor. En la demanda se solicitó que se condenase al deudor principal y al avalista al pago de lo debido, gastos, costas e intereses. El avalista se opuso a la demanda, alegando que, existiendo otras deudas, a ellas hay que hacer aplicación antes de los abonos de las cambiales.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó solidariamente a la entidad deudora y al avalista al pago de lo solicitado en la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por el avalista.

**12. Contrato complejo. Denuncia unilateral.**—Que el contrato que a las partes liga ha de calificarse como atípico, de naturaleza «sui generis» y complejo, el que refleja el derecho de la entidad recurrida a recibir unas determinadas percepciones sobre las exportaciones verificadas por la interpelada a Siria, pero sin

que en modo alguno pueda entenderse, de su contexto, consecuencias indefinidas en orden a su duración, y en lo que se refiere a la recepción de tales percepciones, indeterminación temporal, que no puede en forma alguna devenir perpetua, y sin posibilidad, lo mismo para ella que para su oponente, de revocación unilateral, en un momento determinado, que, como dice la sentencia de 11 de febrero de 1984, podrá determinar, si el desistimiento es abusivo, las pertinentes consecuencias de orden indemnizatorio. (STS 19 diciembre 1985, ha lugar.)

**HECHOS.**—La sociedad actora fue designada como distribuidora en exclusiva para la venta de maquinaria en Siria, a cambio de una comisión. La demandante afirmó que la demanda no había cumplido su obligación de pago de la comisión.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. Prospera el recurso de casación, estimando el Tribunal Supremo que había tenido lugar la denuncia unilateral del contrato por la entidad demandada y recurrente.

**13. Compraventa de terreno. Cualidad de urbanizable programado. Bajo condición de concesión de licencia municipal. Imposibilidad de cumplimiento por falta de aprobación del plan parcial.**—la condición suspensiva de que el Ayuntamiento otorgase la licencia de obras era de imposible cumplimiento al no haber sido aprobado el Plan Parcial correspondiente a la zona de ubicación de la finca comprada, siendo irrelevante que el comprador dejara de ubicarla por ser tal solicitud insuficiente para conseguir la causa finalista ínsita en el negocio analizado. (STS 18 diciembre 1995, no ha lugar.) (G.G.C.)

**14. Resolución del contrato de compraventa. Deterioro de la cosa.**—Los desperfectos «son consecuencia del transcurso del tiempo y de la actividad que desarrolló el demandante» o del «transcurso del tiempo y del destino industrial del bien», sin que probase fueran resultado, «unido directamente por un nexo de causalidad, de una conducta culpable, dolosa o negligente de la otra parte», es decir, que nos encontramos ante menoscabos naturales, por el transcurso del tiempo, en relación con la finalidad y uso propio de la cosa, derivados del tráfico usual y corriente, que pueden tener como consecuencia lógica un desvalor o una revalorización de ella, pero que, en todo caso y como un alea, juega en beneficio o en contra del acreedor (véase el art. 1.122 C.c., singularmente las reglas 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>).

**Error de hecho en la apreciación de la prueba.**—Aquellas conclusiones sobre puntos de hecho que establece el Tribunal apreciando los elementos probatorios aportados al juicio, son indiscutibles en casación cuando no se invoca, cual aquí ocurre, el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Alcance de la extinción de la relación contractual. Reintegro de las cosas y valor de las prestaciones.**—Al señalar que ha de volverse a un estado jurídico preexistente, se dice también que no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, porque ello equivaldría a un enriquecimiento injusto, y ambas sentencias, al hablar de la consecuencia natural y lógica del reintegro a cada contratante en las cosas y *valor de las prestaciones* se remiten a lo previsto en los artículos

1.295, 1.303, 1.308 y 1.123, todos del Código civil, referido el último a las obligaciones con condición resolutoria, como lo es la contenida en las recíprocas.

**Proceso de ejecución de sentencia.**—Ciertamente, y así lo dice la sentencia de 26 junio 1950, citada parcialmente, en el proceso de ejecución... «necesariamente han de ser planteadas y decididas dentro del mismo, no sólo las cuestiones que se relacionan con la inteligencia y alcance del fallo, sino también las que tiendan a establecer y conseguir los efectos de sus pronunciamientos, porque unas y otras al cumplimiento de éstos se refieren».

**Resolución e indemnización de daños y perjuicios.**—Tiene declarado esta Sala que si toda resolución genera posibilidad de indemnización de daños y perjuicios es preciso que se acredite su existencia.

**Requerimiento resolutorio y posesión de la cosa vendida. Mora en las obligaciones recíprocas. Alcance de la resolución impugnada por una de las partes.**—El recurso achaca a la sentencia recurrida violación por no aplicación de los artículos 435 y 457 del Código Civil, razonando básicamente que si conforme al artículo 1.504 y a las sentencias de 7 julio 1911, 30 mayo 1942, 1 mayo 1946, 4 junio 1958 y 16 octubre 1961, producido el impago del precio o parte del mismo y verificado el requerimiento, automáticamente opera la resolución, a partir de ese momento sobre el comprador que posee la finca indebidamente, conforme al artículo 435 es poseedor de mala fe y, de acuerdo con el 457, responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa. Procede la desestimación, no sólo por plantear una cuestión nueva en el litigio, cual la pretendida mala fe desde la fecha en que se practicó el requerimiento, sino también porque seguiría ignorándose, por falta de prueba, qué deterioros se habían producido antes y cuáles después; al no entregarse ni ofrecerse el 60 por 100 de lo ya pagado por el comprador, incumplía a su vez el vendedor su obligación recíproca, sin poder entrar en juego la mora, conforme al párrafo último del artículo 1.100 del Código civil, y, en definitiva, según constante y reiterada jurisprudencia, si la resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, son los Tribunales los que han de decidir si se ajusta o no a derecho y cuáles han de ser sus efectos, pues en tal caso la resolución y sus consecuencias han de ser instados y obtenidos por la vía judicial (SS. 24 octubre 1941, 28 enero 1943, 10 enero 1944, 7 enero 1948, 19 marzo 1949 y 12 diciembre 1955, entre otras).

**Incongruencia.**—No puede deducirse la incongruencia de los fundamentos de la sentencia, sino de su parte dispositiva (SS. 14 noviembre 1935, 9 enero 1943, 20 febrero 1950 y 31 diciembre 1951). (STS 6 octubre 1986, no ha lugar.)

**Persona jurídica. Capacidad para aceptar donaciones. Donación hecha a F.E.T. y de las J.O.N.S. en 1938. Criterio estricto.**—La capacidad pasiva para aceptar donaciones, regulada en el artículo 625 del Código civil, apunta derechamente en el presente recurso, no al principio general que ha de entenderse con generosidad tendente a facilitar la aceptación de donaciones, singularmente en la hipótesis de las puras y simples en las que aparece acentuada la naturaleza lucrativa del contrato, sino a la falta de aceptación válida del concreto acto de liberalidad en el que está implicado un ente de derecho público —F.E.T. y de las J.O.N.S.,

a quien sucede luego el Movimiento Nacional y por último el Estado—, que es exigible con mayor rigor, si cabe, que cuando se trata de las personas jurídicas de derecho privado, dado el carácter público de sus fines, una actuación a través de sus órganos específicos en estricta conformidad a la legalidad que los gobierna, y que se impone a la voluntad de los integrados en ella, principio que desplaza el centro de gravedad del problema situándolo, no en el enjuiciamiento de la capacidad general para aceptar donaciones, sino en el examen de la aptitud del aceptante, desde la perspectiva de la representación que dijo aceptar, siendo requisito inexcusable para la validez de la donación la aceptación de la misma por el donatario en vida del donante.

**Aceptación de la donación por el Jefe local de F.E.T. y de las J.O.N.S. Nulidad absoluta.**—Consta en la escritura de donación que ésta fue aceptada por el Jefe Local de Falange en nombre de la entidad donataria, sin que aquél aparezca con otro apoderamiento que el emanado de la jefatura local que desempeñaba, cargo que según el artículo 12 de los Estatutos de F.E.T. y de las J.O.N.S. de 1937 únicamente le autorizaba a realizar actos jurídicos de administración de sus propios recursos, lo que obliga a concluir que el acto de aceptación del inmueble donado se hizo rebasando los límites de la representación que le venía legalmente atribuida al órgano aceptante, cuya incompetente actuación, por ausencia de voluntad del ente público llamado a aceptar, sólo dio vida a una mera apariencia del negocio que se decía documentar en la escritura, cuya nulidad se impone declarar con tanta más radicalidad cuanto que la norma transgredida es la que establece la distribución de poderes entre los órganos de una persona jurídica de carácter público y ha de reputarse que tiene la misma naturaleza de orden público que la hace indisponible. (STS 6 julio 1985, ha lugar.)

NOTA.—Concurren en este caso algunas singularidades fácticas y jurídicas que conviene señalar: 1.º la sentencia del Tribunal Supremo (Pte. Casares Córdoba) estima el recurso del particular frente a dos sentencias desestimatorias en la instancia; 2.º la reivindicación por nulidad de la donación realizada en 1938 se plantea por un hijo de los donantes, después del cambio de régimen político, más de 40 años después de otorgada la donación; 3.º en la demanda se hace hincapié en el incumplimiento de la finalidad del acto de liberalidad, realizado para instalar los servicios de la «Casa de España» en V., siendo así que en la actualidad está ocupado por el Servicio de Extensión Agraria y otros del Estado no contemplados en la intención de los donantes, y 4.º en la demanda se apuntan datos tendentes a demostrar la existencia de una situación de temor colectivo que influyó en el ánimo de los cónyuges donantes (el marido era Médico Forense, se dice que de ideas liberales, y se alude al clima creado a la entrada de las tropas nacionales en la localidad, si bien en la contestación se niega la supuesta significación izquierdista de aquél, afirmándose que fue Alcalde durante la Dictadura).

La sentencia declara la nulidad radical y absoluta de tal donación por falta de válida aceptación, que es imprescriptible e insubsanable; aunque no parece que en ningún momento anterior se hiciera valer, ni se intentara reclamación alguna ante órgano estatal. La pregunta acuciante es: ¿Cuántas donaciones nulas por falta de aceptación no permanecen sepultadas

en los archivos notariales? ¿Por qué no se previó en la legislación que extinguió el Movimiento, las posibles actitudes subjetivas de personas, como la aquí reclamante, y se articuló un procedimiento administrativo para facilitar las retrocesiones?

Lo que los italianos denominan «contrato celebrado en estado de peligro», aludiendo a situaciones sociales dominantes que pueden influir decisivamente en la prestación del consentimiento, hubiera podido plantearse en el caso, aunque las dificultades de prueba acaso hubieran podido ser insuperables, a lo que se añaden los cortos plazos de prescripción.

Por lo demás, resulta correcta la aplicación que la sentencia hace de la legislación en vigor, y, acaso, pudiera abrir camino para ulteriores reclamaciones por idénticos motivos. (G.G.C.)

**16. Arrendamiento de local de negocio. Reclamación de rentas pendientes. Prueba del inicio del contrato.**—Suscrito el contrato de arrendamiento se inició la producción de sus efectos, como fueron, a instancia y conveniencia del arrendatario, la instalación de pantallas fluorescentes en los puntos de luz existentes, repaso de mecanismos, y unificación de las líneas generales de las dos oficinas alquiladas, lo que supone toma de posesión, uso y disfrute del local, adaptándolo a las necesidades del arrendatario, lo que conlleva el pago de las rentas, como así se efectuó, pues, además del pago inicial por fianza y los días del mes de noviembre, fue abonada la renta de diciembre; en cuanto al teléfono, si bien estaba cortado el existente, el arrendador con fecha 30 de noviembre abonó a la C.T.N.E. los gastos de instalación, que tuvo lugar el 17 de diciembre, por lo que el pago de la renta del expresado mes en su día 21, con posterioridad a los trabajos de electricidad y a la instalación del teléfono, viene a corroborar la conformidad y eficacia del contrato desde su fecha inicial. (STS 2 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Después de proceder al lanzamiento se reclaman las rentas adeudadas, y al ponerse en duda la producción de efectos del contrato, el Tribunal Supremo toma en cuenta una serie de hechos coetáneos y posteriores al mismo que corroboran su vigencia.

**17. Venta de local de negocio. Interpretación. Vendedores que siguen explotando la industria por ellos creada, primero como precaristas y luego como arrendatarios.**—La labor exegetica contractual reside en los Tribunales de instancia, conforme esta Sala tiene reiteradamente declarado, salvo que resulte ilógica o vulneradora de alguna norma legal, debiendo respetarse la labor interpretativa realizada por la Sala «a quo», aun en caso de duda, la que no cabe albergar a la vista de los elementos probatorios examinados en la instancia, que llevan a la conclusión de que, al verificarse la transmisión del inmueble, los titulares del negocio allí establecido continuaron explotándolo, sin que en ningún momento se alterara la situación posesoria, constante en un título reconocido contractualmente, el de precaristas, y después como arrendatarios; de aquí que la calificación contractual realizada por la Sala, atendiendo tanto a la interpretación del cuestionado contrato como a la valoración de actos anteriores, simultáneos y posteriores a la contratación, sea correcta y haya de ser mantenida en su integridad.

**Obligación de entregar los accesorios. Artículo 1.097 del Código civil.**—No puede invocarse la violación del artículo 1.097 del Código civil, en cuanto establece que la obligación de entregar una cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, de donde pretende deducirse que, a la luz de tal precepto, el negocio fue también entregado al accionante, al tiempo de operarse la compraventa, por tratarse de una cuestión nueva y porque la prueba es concluyente en el sentido de que tal entrega del negocio no llegó nunca a realizarse, continuando el inicialmente demandado y sus causahabientes, en la posesión del mismo, en la que, sin alteración, siguen permaneciendo.

**Calificación del contrato. Arrendamiento de local de negocio y no de industria.**—No puede sostenerse que al cabo de los dos años en que los vendedores poseyeron el local en concepto de precaristas, recuperase el comprador la posibilidad de arrendar la industria, dado que la permanencia de los demandados en el local lo fue continuando una situación posesoria anterior, sin pagar renta o merced, posiblemente para «permitirle una recuperación económica», como se afirma en la instancia y no se combate, situación que constituye una estipulación contractual, que asegura la permanencia del ocupante en la posesión y explotación del local, seguida de una situación arrendaticia que, al ser continuidad de la anterior, no puede entrañar que se integrara en su dominio el cuestionado negocio, y la industria en el mismo establecida. (STS 22 octubre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto de hecho complejo que exigía —como se hace en la sentencia (Pte. Gómez de la Bárcena— clarificar la naturaleza y objeto del contrato de transmisión del que el actor trae causa. ¿Qué adquirió el causahabiente de éste, un mero edificio, o éste con la industria en él establecida y creada por el vendedor? Hubiera sido interesante que el Tribunal Supremo hubiera profundizado en la cuestión de la accesoriedad, que se despacha como cuestión nueva. ¿Puede en algún supuesto ser la industria o negocio accesoria del local en que está instalada? La invocación del artículo 1.097 del Código civil se hace para apoyar la pretensión de que la industria fue entregada con el local, lo que presupone la accesoriedad que no se prueba. En principio no puede excluirse tal accesoriedad, aunque no será el supuesto normal. También ofrece interés esa situación contractual de precario, que no es la mera posesión sin título, sino una estipulación que asegura la permanencia del ocupante en la posesión y explotación del local durante el plazo de dos años; no parece que hubiera podido intentarse con éxito el desalojo antes de su transcurso, pero sí a su vencimiento de no haberse formalizado el contrato de arrendamiento. (G.G.C.)

**18. Retracto arrendaticio rústico. No procede si los retrayentes no son profesionales de la agricultura.**—Al no ser los retrayentes profesionales de la agricultura es improcedente aplicarles los artículos 93, 1 y 2, en relación con el 91.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos vigente.

**Arrendamiento solidario parcial.**—Los arrendatarios solidarios de una porción de la finca vendida han ejercitado el retracto sobre su parcela, delimitada en extensión y linderos, reuniendo los requisitos legales, en especial lo relativo al pago del precio y la extensión sobre que recae su derecho de retracto, negado

equivocadamente por la Sala; en cuanto al primero, se expresó en la demanda de estos retrayentes una suma a consignar, sobre la cual nada se ha probado en autos en torno a que fuese erróneamente fijada, por lo que ha de admitirse como válida y como único medio de cumplir lo dispuesto en el artículo 90.2 de la misma Ley de Arrendamientos Rústicos, en relación con el 93.1 que permite expresamente, en supuesto de varios arrendatarios, que cada uno cumpla los requisitos señalados en cuanto al retracto, que pueden ejercitar separadamente referido a la porción o porciones de fincas ocupadas; de donde se deduce no ser necesario que ejerciten el retracto de la totalidad de la finca, lo que iría en contra de la doctrina de esta Sala en el sentido de que únicamente se puede retraer la parte del inmueble que se lleva en arriendo, y no una porción mayor, ni tampoco la totalidad. (STS 17 enero 1986, ha lugar en parte.)

**19. Arrendamiento rústico. Extinción por cumplimiento del término. Ineportunidad de avenencia ante Junta Arbitral.**—Según sentencia de 17 noviembre 1983, no es preceptiva la actuación de la Junta Arbitral cuando se trata de extinción del contrato por cumplimiento del término.

**Falta de constitución administrativa de las Juntas Arbitrales. Derecho a la tutela efectiva de los derechos. Artículo 24 de la Constitución Española.**—El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 14 diciembre 1983, ha declarado que el derecho a la jurisdicción no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino dentro de términos razonables, y por ello «la suspensión de una decisión sobre el fondo en tanto en cuanto no se realice un trámite ante un órgano que no se ha constituido... se configura como un defecto formal equiparable a las dilaciones indebidas del proceso, prohibidas por el artículo 24 de la Constitución Española», y que no corresponde a la parte «instar a la Administración la constitución de la Junta», sino a ésta como deber ineludible, ya que lo contrario haría imposible el cumplimiento del requisito previo (la avenencia) al ejercicio de la acción; por ello el criterio expresado por el Juez de Primera Instancia de ser el trámite previo una formalidad de imposible cumplimiento por causa no imputable a la parte obligada a ello, por lo que su exigencia equivaldría a una inicua denegación de justicia, so pretexto de un formalismo riguroso, está hoy explícita y taxativamente ordenado por el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 julio 1985.

**Denegación de la prórroga por el arrendador. Compromiso de cultivo directo y personal.**—Es cierto que las cartas del arrendador no expresan literalmente el compromiso de cultivo directo y personal, pero una interpretación lógica y finalista de las cartas no impediría entender cumplido tal requisito, dada su apelación al cultivo directo y a que es la ley la que impone ese requisito independientemente del formalismo del requerimiento, no cabiendo olvidar que la sentencia de 23 septiembre 1983 admite que tal compromiso puede hacerse en la demanda; todo ello sin perjuicio de que la «ratio decidendi» de la sentencia impugnada se basa en la expiración del plazo contractual.

**Notificación del arrendatario de su deseo de permanecer en la finca arrendada.**—Es cierto que la sentencia de 26 enero 1980 dijo que era innecesario que el arrendatario notificase al arrendador, con un año de antelación, su deseo de permanecer en la finca cuando la parte arrendadora le denegó la prórroga, pero

aparte de ser sentencia única, y no constituir tal doctrina la base del fallo, en el presente caso se declara inaplicable el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, por no ser el arrendatario cultivador personal.

**Condición de cultivador personal. Prueba.**—La apreciación negativa del juzgador, que no se impugna debidamente, se basa en datos tales como la extensión de la finca (31 Has.), la edad de la arrendataria, su residencia en Jerez y la cuantía de la renta, datos que hacen difícil estimar concurra en ella tal cualidad. (STS 30 enero 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Resulta increíble que una norma jurídica tan importante como la Ley de Arrendamientos Rústicos promulgada a fines de 1980, que ha previsto en su extenso artículo 121 concretas y determinadas funciones competenciales para la Junta Arbitral, cuya composición igualmente se establece, no pueda aplicarse porque la Administración no ha cumplido el mandato en ella previsto. Esta desconexión entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, detectable en otros importantes sectores del tráfico jurídico (piénsese en la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley de Consumidores), parece obligaría a exigir responsabilidades «a quien corresponda». La solución de esta sentencia se absolutamente correcta. (G.G.C.)

**20. Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. Gravedad de los vicios. Doctrina general.**—La jurisprudencia de esta Sala, inspirada —dice la sentencia de 16 julio 1984— en el Código civil francés y en la doctrina romana, refiere el concepto de «ruina», despegado el mismo de la expresión «se arruinase» que allí se consigna y que la identificaría con el derrumbamiento del edificio por vicio de su obra maestra, siguiendo una tendencia prudente y marcadamente ampliatoria, aconsejada por la experiencia (S. 12 febrero 1981), la concibe identificada con cualesquiera vicios constructivos graves, con cuyo concepto moderadamente abierto se completan las garantías de los adquirentes de construcciones, a quienes asistirán la acción de ese origen y las contractuales (art. 1.101 en relación con el 1.091), ya específicas de la compraventa (1.484, 1.486 y 1.490); concepto el de ruina que actualmente se halla extendido así a los vicios graves, aunque el inmueble no quede convertido material o propiamente en ruinas, ni quede comprometida su estabilidad, entendiéndose por vicios graves todos aquellos defectos constructivos que por exceder las meras o simples imperfecciones corrientes entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura (SS: 9 mayo 1983 y 16 febrero 1985), y también todos aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia (ruina funcional de las sentencias de 21 abril 1981, 8 febrero 1982 y 17 febrero 1984), y aunque la ruina así entendida no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales, afectando a su solidez o a su utilidad.

**Filtraciones que originan humedades como vicios graves.**—Las filtraciones, origen de humedades y grietas por inadecuada impermeabilización, son un defecto subsumible en el concepto de ruina según numerosos precedentes jurisprudenciales, apreciándose en el caso litigioso humedades de importancia (valoradas en 1.484.000 pesetas) en los muros del garaje-aparcamiento, por la falta al tiempo de su construcción de adecuado drenaje perimetral y de impermeabilización externa del muro en la zona de contacto con los macizos de jardinería, así como

el desprendimiento de los falsos techos de terrazas, recibidos con yeso, vicio igualmente originario de la construcción y que perturba gravemente la utilización de las viviendas afectadas. (STS 20 diciembre 1985, ha lugar.)

NOTA.—Puede calificarse esta sentencia de *pedagógica*, pues sin aportar nada nuevo, resume con acierto la doctrina jurisprudencial a propósito del artículo 1.591 del Código civil (Pte. Serena Velloso), y de la que acaso quepa discrepar en orden a calificar de «tendencia prudente» la seguida por la Sala I.<sup>a</sup>. Pienso que el calificativo que mejor le cuadra sería el de «audaz» para elaborar un completo *corpus* de soluciones, partiendo de la parquedad normativa del artículo 1.591; lo que, por otra parte, no significa que haya llegado a consecuencias «imprudentes». Pienso que cualquier reforma que se haga en el contrato de obra habrá de contarse ineludiblemente con esa doctrina jurisprudencial. (G.G.C.)

**21. Vicios de construcción. Responsabilidad solidaria.**—Una cosa es, evidentemente, que existan dos causas apreciadas (vicios del suelo y vicios de la construcción) que en la dicción del artículo 1.591 del Código civil se atribuyen a los distintos protagonistas, y otra su repercusión en la ruina y en su traducción económica a los efectos del resarcimiento al perjudicado. Sólo cuando esa repercusión no sea posible determinarla es cuando la jurisprudencia ha desarrollado tal precepto, autorizando la exigencia de responsabilidad solidaria. (STS 30 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—Se procedió a la construcción de un edificio, en el que aparecieron graves defectos de construcción, imputables al arquitecto director, al aparejador y al contratista.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial les condenaron de forma solidaria a indemnizar a los propietarios. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—De nuevo en esta sentencia nuestro Tribunal Supremo proclama el carácter solidario de la responsabilidad de los profesionales de la construcción por ruina del edificio por vicios. Sin embargo, conviene recalcar que no se afirma indiscriminadamente el carácter solidario de la responsabilidad, sino sólo cuando no sea posible determinar la repercusión en que la ruina es imputable a cada uno de los responsables, con su traducción económica a efectos de resarcimiento. Por ello, si tal repercusión se pudiera precisar, se acudiría al sistema de la mancomunidad, como ha hecho el Tribunal Supremo en algunas sentencias (*vid.* la sentencia de 30 abril 1982, que aparece reseñada en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 957-959). (A.C.S.)

**22. Ejecución defectuosa de las obras de reparación de una techumbre. Acción de cumplimiento.**—No puede calificarse como infracción del artículo 1.258 del Código civil que se imponga al demandado la obligación de reparar lo que ha sido deficientemente construido, pues no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro), cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omi-

sión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas —*lex artis*— de toda buena construcción.

**Acción de cumplimiento. Artículo 1.591 del Código civil.**—La norma contenida en el artículo 1.591 no ha sido en modo alguno infringida en tanto que la referencia a la acción que autoriza para exigir daños y perjuicios por ruina de los edificios no excluye la que el contratante perjudicado pueda utilizar para exigir el cumplimiento correcto. (STS 17 enero 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Mediante un contrato de obra, la Comunidad de Propietarios pactó con el recurrente y su socio que procediesen a la impermeabilidad y retejado de un edificio. Los demandados ejercitaron los trabajos de forma defectuosa, hasta el punto de provocar el arruinamiento del tejado.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron procedente la acción de cumplimiento, condenando a los demandados a rehacer la obra de acuerdo con las orientaciones periciales. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—La coherencia de la sentencia ofrece pocas dudas. Según el artículo 1.098 del Código civil, si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho (*vid.* artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, el cumplimiento defectuoso de una obligación de hacer (lo que aconteció en la sentencia que reseñamos) es sancionado con la destrucción de lo mal hecho y con la obligación de hacerlo de nuevo, bien por el deudor, bien por otra persona y a su costa.

A nuestro juicio, es evidente que el cumplimiento en forma específica ha de considerarse como la pretensión que el acreedor (en nuestro caso, el comitente) debe ejercitar principalmente, siempre que sea posible. Como dicen DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1983, p. 287), el deudor no puede obligar al acreedor a aceptar el cumplimiento por equivalente cuando es posible el cumplimiento en forma específica, porque no fue la prestación pactada. Tan subsidiario es para el acreedor exigir el equivalente como para el deudor cumplir de esa forma.

La aplicación de esta doctrina evidencia el indiscutible acierto de la sentencia, sin que la mayor onerosidad que representa para el contratista el tener que rehacer la obra sea un argumento convincente para obstaculizar la pretensión de la actora de cumplimiento en forma específica. Desde luego, la buena fe (art. 1.258 C.c.) no ampara al contratista, porque, como bien dice el Tribunal Supremo en la sentencia, la mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas de toda buena construcción. (A.C.S.)

**23. Contrato de obra. Cumplimiento defectuoso. Defectos de terraplenado. Responsabilidad del constructor.**—Si en el contrato de obra figura la realización de obras de infraestructura, que empieza, naturalmente, por el desmonte y terra-

pleno, es obligación del constructor —a quien se contrata por su carácter técnico— o bien no realizar la obra sin un correcto terraplenado, o bien advertir al dueño de la misma de las consecuencias que tendría realizarlas en tales condiciones, no cabiendo otra alternativa, pues el constructor, o bien desconocía el defectuoso terraplenado —en cuyo caso existe negligencia profesional como constructor—, o bien lo conocía y, a pesar de saber sus consecuencias desastrosas, construyó, en cuyo caso existe dolo civil, pues su responsabilidad abarca el desmonte y terraplenado para realizar una urbanización en época en que finalizaba el invierno con sus inclemencias del frío y de las lluvias.

**Responsabilidad solidaria del contratista y del arquitecto.**—Pertenece a la iniciativa y libre determinación del dañado el dirigir el procedimiento contra cualquiera de los deudores solidarios, dejando a los otros fuera del juicio, por inscribirse esa facultad en la naturaleza misma de la obligación solidaria en los términos del artículo 1.144 del Código civil, en relación con el artículo 1.145, permitiendo este último que los codeudores ventilen como cuestión propia, y en proceso ulterior, la existencia y alcance de la responsabilidad de los que no estuvieren presentes en el juicio abierto por el acreedor de todos. (STS 22 septiembre 1986, no ha lugar.)

**24. Artículo 1.593 del Código civil. Contrato de obra por ajuste o precio alzado. Calificación.**—No cabe duda alguna sobre la naturaleza del contrato, como contrato de arrendamiento de obras por ajuste o a precio alzado, tal como fue interpretado por la Sala de instancia, en uso de sus potestades (STS 14 marzo 1985 y 26 diciembre 1985, entre otras), cuando consta con claridad que se hizo sobre un plano que tuvieron a la vista ambas partes antes de firmar el contrato, en cuya cláusula 5.<sup>a</sup> se fijan los precios como unitarios y en cuya cláusula 6.<sup>a</sup> se prevé la entrega de toda la instalación, contra el pago del precio fijado en presupuesto adjunto, y cuya forma de efectuarse no guarda relación con cantidad ni naturaleza de la obra entregada, lo que viene a exponer la contemplación de la obra como un conjunto y su exacta configuración como obra a tanto alzado regulada en el artículo 1.593 del Código civil.

**Resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios.**—La resolución del contrato, según el párrafo 2.<sup>o</sup> del Código civil, lleva aparejada la reclamación de los daños y perjuicios que, en este caso, se traducen, en la sentencia, según una constante jurisprudencia, en la diferencia entre el coste de la obra previsto en el contrato incumplido y el coste real sufragado a otros empresarios que suplieron la prestación del contratante incumplidor. (STS 7 octubre 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**—La sociedad M.S.A. se adjudicó la contrata ofrecida por determinado Ayuntamiento de las obras de construcción de una piscina para adultos y otras instalaciones, pero en lugar de ejecutar las obras por sí concertó un subcontrato, en el que actuaba como comitente subcontratante con la sociedad subcontratista T.S.A. Esta sociedad comenzó los trabajos, pero, disconforme con las condiciones y mediciones, desde el primer momento, retrasó el ritmo de la obra y, finalmente, la abandonó, razón por la cual la subcontratante M.S.A. hubo de recurrir a otros empresarios para llevar a cabo la ejecución de la obra. Entablada demanda por la entidad M.S.A. contra la subcontratista, la sentencia de primera

instancia, confirmada en apelación, da lugar a la resolución del contrato entre ambas entidades y condena a la sociedad subcontratista a que pague a la subcomitente el importe de la diferencia entre el coste que representó la ejecución de la obra y el que hubiere representado si tal ejecución la hubiere llevado a cabo la subcontratista. Igualmente condena a esta entidad a la devolución del importe de las letras ya cobradas y a la devolución material de las aceptadas y no cobradas. Condenó, asimismo, a la actora a pagar a T.S.A. el importe de la obra útil realizada por ésta, antes de abandonar la ejecución, al estimar, en parte, la reconvencción. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, interpuesto respecto de la estimación de la demanda, no de la reconvencción.

**25. Compraventa de acciones. Precio fijado por arbitrio de un tercero. Doctrina general.**—La figura del arbitrio de un tercero («arbitrador»), aludida para diferenciarla del arbitraje en el artículo 2.º, párrafo 2, de la Ley de 1953, y contemplada por el artículo 1.447 del Código civil para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieran los contratantes a modo de negocio *per relationem*, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor; y a pesar de que este precepto no regula la posibilidad de impugnación, como lo hiciera el derecho histórico (P. 5.5.9), tanto la doctrina científica que acude por analogía al artículo 1.690 del Código civil, como la jurisprudencia contenida en sentencias de 21 abril 1956 y 22 noviembre 1966, dan paso a la posibilidad de tal censura, amén de las hipótesis de vicios en el consentimiento, cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad con menoscabo de las prudentes pautas de un *arbitrium boni viri*, sin duda presupuestas por los interesados en este caso al referirse al «valor objetivo» de la cosa cuya fijación se remite al fallo arbitral; a lo que cabe añadir que según sentencia de 21 febrero 1977, el artículo en cuestión no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio de la institución y, por lo tanto, en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

**Valor de la renuncia a impugnar la decisión del arbitrador.**—La cláusula donde las partes pactaron la renuncia a impugnar judicialmente la decisión del arbitraje convenido desconoce el fundamental derecho al proceso en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española y, por tanto, el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la *lex suprema*, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo 6.º-2 del Código civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraría el interés o el orden público. (STS 10 marzo 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de la venta de un paquete mayoritario de un Banco en crisis al precio de una peseta por acción a reserva de la fijación ulterior del precio real, previa realización de una auditoría, por tres arbitadores designados por las partes (dos catedráticos de Derecho Mercantil y un Ma-

gistrado jubilado del Tribunal Supremo). El acuerdo de estos últimos, fijado por mayoría, es impugnado en el presente recurso. La sentencia extractada refleja la *communis opinio* de la doctrina española: Cfr. GARCIA CANTERO, *Comentarios Albaladejo*, t. XIX (Madrid, 1980), pp. 45 y ss., con referencias bibliográficas y jurisprudenciales. (G.G.C.)

**26. Cartas de confort.**—El fenómeno de las denominadas usualmente «cartas de confort» responde en el campo de la financiación al diseño de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del acreedor para el evento de que el deudor principal incumpla lo pactado en sus relaciones con el segundo; pero tal compromiso con trascendencia jurídica, que encuentra su explicación en los vínculos económicos y normativos existentes entre una sociedad cabeza de grupo y sus afiliadas, no pasará de ofrecer repercusiones en un orden estrictamente moral cuando se trata de expresiones declarativas, sin otro alcance, y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer; pero sin asumir obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial ni contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero, quien obviamente no podrá titularse favorecido por una inexistente «Letter of confort».

**Declaraciones meramente enunciativas.**—Carecen de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa entre la sociedad principal y el tercero, ni aun invocando el elemento de la buena fe proclamado en los artículos 57 del Código de comercio y 1.258 del Código civil, pues no hay contrato, o acudiendo a los usos normativos —que tendrían que ser probados— por la vía del artículo 2 de aquel cuerpo legal; sin olvidar que, según indica asimismo la doctrina científica, a no ser que en el objeto social de la entidad conste expresamente la posibilidad de afianzar o que el Consejo de Administración tenga conferida en los Estatutos tal facultad, habrá de ser la Junta General de accionistas de la sociedad el órgano que debe autorizar el afianzamiento.

**Declaración constitutiva de fianza.**—Ha de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas. (STS 16 diciembre 1985, no ha lugar.)

**HECHÓS.**—La materia del recurso versa sobre el significado y alcance que ha de atribuirse a una carta suscrita por el subdirector de una entidad bancaria, en la que hace saber a la recurrente que dicha entidad bancaria controla directa o indirectamente la absoluta mayoría de las acciones de una determinada sociedad, y sostiene sus necesidades económicas. En esta carta se basa la demandante para postular la condena de la entidad bancaria al pago de una concreta cantidad, caso de no hacer el pago la sociedad deudora.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada. No prospera el recurso de casación.

**27. Accidente provocado por una vaca. Responsabilidad por riesgo.**—El artículo 1.905 del Código civil contempla una responsabilidad de carácter no culpabi-

lista o por riesgo, inherente a la utilización del animal, que procede en principio por la mera causación del daño y con exoneración de los singulares casos de fuerza mayor, lo que significa exclusión del caso fortuito y culpa del perjudicado, en el buen entendido sentido de que la responsabilidad viene anudada a la posesión del semoviente y no por modo necesario a su propiedad, de donde se sigue que basta la explotación en el propio beneficio para que surja esa obligación de resarcir.

**Litisconsorcio pasivo necesario.**—La solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual. (STS 28 enero 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Como consecuencia de la colisión de un vehículo con una vaca, que se encontraba en la carretera, habiéndose escapado de una finca colindante a la misma, se produjeron, además de daños en el vehículo, graves lesiones a sus ocupantes, que determinaron la muerte de uno de ellos y al otro graves secuelas.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron al demandado, poseedor de la vaca, a indemnizar a los demandantes. No prospera el recurso de casación.

**28. Responsabilidad extracontractual. Interrupción de la prescripción extintiva.**—El acto interruptivo tiene como efecto capital la necesidad de que el tiempo de prescripción haya de contarse de nuevo por entero, pues a diferencia del instituto de la suspensión, que simplemente paraliza el plazo concediendo eficacia al tiempo ya transcurrido para sumarlo al posterior a la cesación del fenómeno suspensivo, la interrupción elimina ese decurso de manera que el lapso legal de prescripción ha de ser iniciado en su cuenta una vez desaparecida la causa que tal interrupción produjo.

**Presunción «iuris tantum» de culpa.**—No cabe prescindir de la repetida doctrina jurisprudencial acerca de la presunción *iuris tantum* de culpa en el agente a pesar del cumplimiento de las formalidades meramente reglamentarias, una vez acreditada la realidad del menoscabo, con la inversión consiguiente del *onus probandi*. (STS 31 enero 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**—El propietario de cabezas de ganado lanar y cabrío demandó a una empresa, basándose en la culpa aquiliana cometida por dicha empresa en las operaciones de lavado de mineral, con vertido de sustancias tóxicas al río Guadial, lo que provocó la muerte de numerosos animales, envenenados al abreviar en las aguas del río.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada. No prospera el recurso de casación.

**29. Responsabilidad civil derivada de delito. Reserva de acciones. Daños causados al Estado por lesiones a Guardia Civil. Falta de prueba del daño.**—No es de ocultar la aparente discordancia de la doctrina jurisprudencial en casos de notoria similitud con el ahora contemplado, pues la sentencia de esta Sala de

24 abril 1979, con base en el artículo 104 C.p. y en el artículo 1.092 C.c., estableció el derecho del tercero —aquí el Estado— a ser indemnizado siempre que entre el hecho causante y el perjuicio exista una relación de causalidad, relación que en el caso enjuiciado se estimó clara y sin lugar a dudas, ya que hubo encadenamiento causal sin solución de continuidad entre el acto ilícito y el perjuicio sufrido por el Estado, no derivado de la relación funcional, sino del hecho de haber tenido que retribuir unos servicios que no se le prestaron precisamente por causa del accidente que se lo impidió, en cambio las sentencias de la misma Sala de 25 junio 1983, 14 febrero 1980 y 14 abril 1981, en casos muy similares, denegaron la indemnización al Estado por las remuneraciones al funcionario lesionado durante el tiempo que invirtió en la curación de las lesiones debidas a accidente causado por tercero, basándose en que tal pago de remuneraciones no supuso para el Estado un perjuicio efectivo, toda vez que no se acreditó que tuviese que hacer gastos para pagar a un sustituto del lesionado durante el tiempo en que éste no pudo prestar el correspondiente servicio, siendo suplido el lesionado por los demás funcionarios sin gasto alguno especial; para el resarcimiento de daños es necesario su prueba de forma categórica, sin que fueran suficientes meras hipótesis o probabilidades, y los perjuicios reales y efectivos han de ser acreditados con precisión, de modo que el perjuicio sufrido sólo debe ser resarcido con el equivalente, para lo que es imprescindible concretar su entidad real; en el presente caso, no basta con la no prestación del servicio, sino que es necesario precisar los gastos que con carácter complementario hubo que abonar a los que desempeñaran el servicio como sustitutos, y que ello supuso un mayor gasto para la Administración; y ante la falta de pruebas, ha de considerarse que el servicio que había de prestar el lesionado fue objetivamente atendido sin menoscabo; de aquí que haya de seguirse la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de no acordar el resarcimiento de daños que, por tener carácter de indirectos, no pueden tener su fundamento en meras hipótesis o conjeturas, al no haber demostrado el Estado que por causa de las lesiones que sufrió el agente en cuestión hubiera hecho aquél un exceso de gastos sobre los debidos a una situación de normalidad de los servicios públicos que desempeñaba el Guardia Civil lesionado. (STS 29 septiembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—En la sentencia condenatoria penal se hace una reserva de acciones, pero no está claro en la sentencia de casación si tal reserva alcanza al Estado por los perjuicios que ahora reclama. Si la respuesta fuera negativa, ¿cómo se elude el efecto de la *res iudicata*? La sentencia habla de daños «indirectos»; ¿quiere ello decir que se ha roto la relación de causalidad respecto a los hechos sancionados como delito? El recurso se fundamenta en violación de los artículos 1.092 y 1.902 del Código civil (G.G.C.)

#### 4. DERECHOS REALES

30. **Dominio público. Playas y zona marítimo-terrestre. Requisitos. Valor del destino administrativo. Enclaves de propiedad privada.**—Con independencia de que una doctrina jurisprudencial reiterada (SS. de 2 febrero 1974, 23 junio y 13 octubre 1981, 9 junio 1982, 11 junio y 4 julio 1985, entre otras) admite la existencia de enclaves de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre cuando

hayan sido adquiridos válidamente antes de la Ley de Puertos de 7 mayo 1880, a la que siguen en este punto la de 19 enero 1928 (art. 1.º) y la Ley de Costas de 26 abril 1969 (art. 4.º, principalmente), aunque siempre sin olvidar la fuerte presunción en pro del dominio nacional que requiere, para ser destruida, una rigurosa prueba en contrario (SS. de 3 junio 1974, 7 mayo 1975 y 19 diciembre 1977), habrá que partir, como cardinal presupuesto para conceptualizar un bien como de dominio público, que el fondo de que se trata está incuestionablemente comprendido en la zona marítimo-terrestre o en la playa, extremo respecto del cual hay que tener en cuenta que la actividad del deslinde sólo resuelve problemas de límites, pero no contiene declaraciones de propiedad ni aun de posesión, por lo que no confiere titularidad alguna (SS. de 23 enero 1969, 16 octubre 1970 y 13 octubre 1981) y, en consecuencia, como declaró la sentencia de 15 septiembre 1984, «si bien es cierto que el deslinde de la zona marítimo-terrestre es función administrativa y, como tal, revisable únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, también lo es que la ubicación de un terreno dentro de tal zona, así como su calificación de dominio público o propiedad privada es materia propia de la jurisdicción ordinaria, la que sin interferir en modo alguno en el terreno de lo contencioso-administrativo puede debatir plenamente el carácter de bien público o privado de la parcela».

**Naturaleza de finca situada tras muro de contención.**—La Sala apoya su tesis desestimatoria de la demanda del Estado en el argumento capital de que la casa de la recurrida, cuya historia negocial está documentada desde una partición de herencia realizada el 18 julio 1917, no se encuentra sita físicamente en la zona marítimo-terrestre ni en la playa, por hallarse detrás de un muro de cierre fuera del alcance del flujo y reflujos del mar, a lo que añade que tan gráfica e inequívoca situación no puede eliminarse por un deslinde administrativo practicado el 13 diciembre 1972, que arbitra una extraña «línea límite», y que en definitiva comporta la unilateral alteración de un objetivo estado de cosas preexistente, privando a la demandada de su propiedad; en resumen, es irrefutable el dato topográfico de que el terreno donde se levanta la casa de la demandada está por completo marginado de lo que la Ley de Costas describe como playa y zona marítimo-terrestre. (STS 14 octubre 1986, no ha lugar.)

**31. Propiedad horizontal. Libro de actas.**—El carácter imperativo de la normativa establecida en la Ley de Propiedad Horizontal ha de atribuirse a la preceptiva establecida en el artículo 17 de dicha Ley, al ordenar que los acuerdos de la Junta de Propietarios se reflejarán en un libro de actas sellado por el Juzgado Municipal o Comarcal correspondiente al lugar de la finca o diligenciado por Notario, exigencia de tipo formalista que habrá de ser cumplida rigurosamente por quien ostente la presidencia de la Comunidad.

**Nulidad de pleno derecho de los acuerdos impugnados.**—La inobservancia del asiento en el libro de actas de la Comunidad de los acuerdos impugnados determina, también por disponerlo así el número 3 del artículo 6.º del Código civil, la nulidad de pleno derecho de los acuerdos presuntamente adoptados. (STS 10 octubre 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—Prospera el recurso de casación interpuesto por un copro-

pietario, ya que los acuerdos adoptados en Junta son nulos por no haber sido reflejados en el libro de actas.

NOTA.—Se ha discutido en la doctrina el carácter que tiene el libro de actas en el régimen de la propiedad horizontal, y, especialmente, si la exigencia del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal lo es *ad solemnitatem* o tan sólo *ad probationem*. La sentencia que reseñamos se inclina con claridad por la eficacia *ad solemnitatem* de la exigencia de que los acuerdos consten en el libro de actas, apoyándose en la naturaleza imperativa del mencionado precepto, que se infiere de su texto, de tal suerte que la falta de reflejo de los acuerdos impugnados en el libro de actas determina su nulidad de pleno derecho. (A.C.S.)

**32. Retracto de colindantes. Pluralidad de retrayentes. Preferencia al propietario de la finca de menor cabida.**—Según acredita el informe del Ingeniero Técnico Agrícola, la parcela del demandado tiene 6.500 metros cuadrados, frente a los 7.020 metros cuadrados de la finca del actor, por lo que la pretensión de éste no puede prosperar conforme al criterio establecido en el artículo 1.523, párrafo 2.º, del Código civil.

**Fe pública notarial. Alcance.**—Conforme a doctrina jurisprudencial reiterada la fe notarial sólo alcanza a los aspectos fácticos que el fedatario percibe *de visu et audita suis sensibus*, según afirmaba el derecho histórico de que «toda carta que sea fecha por mano de escrivano público vale para probar lo que en ella dixere» (Partidas 3.13.114), pero no alcanza a la intrínseca veracidad de las manifestaciones que en su presencia hagan los otorgantes (SS. de 14 febrero 1983, 20 enero y 10 julio 1984 y 14 y 24 mayo 1985), y, por consiguiente, tampoco a lo expresado por vendedor y comprador respecto a la extensión de la finca enajenada, pues ello equivaldría a que pudiesen determinar a su arbitrio la preferencia en la hipótesis de presumible conflicto con otro retrayente.

**Fe pública registral. Alcance. No cubre los datos de hecho.**—No es menos constante y repetida la jurisprudencia en el sentido de que la fe pública registral no cubre los datos o circunstancias de hecho o que sirven de soporte material a los derechos inscritos, no amparando la extensión del predio. (STS 10 diciembre 1986, no ha lugar.)

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**33. Alimentos provisionales. Pedidos por madre separada de hecho para hija menor. Procedimiento. Disposición transitoria 10.ª Ley 13 mayo 1981.**—La Disposición transitoria 10.ª de la Ley de 13 mayo 1981 previene que a las cuestiones surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales de los cónyuges, cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria, mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ello quedando siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria; fuera del caso de urgencia, el ejercicio de las acciones derivadas de la patria potestad y, entre ellas, la encaminada a alimentar al hijo no emancipado a que se refiere el artículo 154

del Código civil y la reclamación de los alimentos propios puede discurrir por los trámites, escogidos en el caso, de los artículos 1.609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el conocimiento de los juicios de ese objeto, en relación con los hijos, esté reservado a los Jueces de Familia, cuya competencia se atribuye en vía de «reparto», y sabido que la infracción de las normas atinentes al reparto no vician de nulidad los procesos tramitados con vulneración de las mismas, existiendo reiterada jurisprudencia de esta Sala, que niega la posibilidad de recurrir en casación por tal motivo.

**Cargas del matrimonio.**—Si el artículo 158 del Código civil no excluye la utilización del juicio de alimentos en caso de separación de hecho, en que la mujer tiene a su cargo a un hijo que, al iniciarse el juicio, era menor, para quien y para ella misma reclama los alimentos, tampoco puede determinar la casación que se pretende la invocación del artículo 1.318 del Código civil, que establece y regula la afectación de los bienes gananciales al levantamiento de las cargas del matrimonio. (STS 22 octubre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—Inicialmente surge la consideración general de la necesidad de revisar las normas procesales que acompañaron a las reformas sustantivas de Derecho de familia en las leyes de 13 mayo y 7 julio 1981; la improvisación fue, quizá, su característica más destacada, unida a un propósito, en sí loable, pero a veces ingenuo, de simplificación y abaratamiento del procedimiento, cuyo funcionamiento práctico ha originado gran número de problemas, a veces insolubles por la eliminación del recurso de casación (salvo el interpuesto en interés de la ley, muy raras veces utilizado); añádase la bienintencionada, pero incompleta creación de los Jueces de Familia, y se tendrá una visión del caótico panorama procesal en materia de familia que ofrece nuestro ordenamiento.

En el presente caso se solicitaba una pensión alimenticia de 400.000 pesetas mensuales, concediéndose en la sentencia de alimentos provisionales la de 250.000 pesetas, lo que da idea de la importancia del patrimonio conyugal. Las objeciones procesales opuestas por el marido no tenían otra finalidad que la dilatoria; la duración de más de 3 años del presente pleito, durante el cual ha alcanzado la mayoría de edad la hija para la cual se pedían alimentos, no deja de ser poco inconciliable con la naturaleza perentoria de los alimentos provisionales. (G.G.C.)

## II. DERECHO MERCANTIL

**34. Modelo de utilidad. Impugnación.**—El motivo no puede ser estimado, ya que el modelo de la demandada reporta diferencias de las que se derivan ventajas, al menos técnicas y prácticas, aunque no cualificadas, ventajas, pues, del impugnado sobre el de la impugnante. (STS 17 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—En contra de la sentencia de la Audiencia Territorial, que estimó procedente la demanda de impugnación del modelo de utilidad por falta de novedad, en el único motivo del recurso de casación se alegó la inaplicación del artículo 180, párrafo 1.º, del Estatuto de la Propiedad

Industrial, cifrando la argumentación en que los dispositivos reivindicados por uno y otro modelo de utilidad protegían un mismo dispositivo, siendo la única diferencia entre ambos un mayor diámetro de uno de los discos metálicos del segundo modelo. No prospera el recurso de casación.

**35. Nombre comercial. Similitud.**—En los nombres comerciales enfrentados la voz que destaca con caracteres diferenciadores es, en ambos, la de «Rapid», cuyo relieve ya los propios interesados ponen de manifiesto en sus anuncios publicitarios, de suerte que la coincidencia, denunciada por la demandante prioritaria, efectivamente presenta caracteres de peligrosa confusión, al inducir a error de identificación de los productos ofrecidos. (STS 24 enero 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**—La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, declaró que la entidad demandada carecía de derecho para utilizar la denominación social en razón a su confundibilidad e incompatibilidad con la de la demandante. No prospera el recurso de casación.

**36. Propiedad industrial. Marcas. Plazo de tres años. Prescripción de acciones y no usucapión.**—No cabe hablar de usucapión, o prescripción adquisitiva, cuando la ley tiene ya por adquirida la propiedad y lo que establece es la prescripción de las acciones que puedan corresponder a terceros para alegar la existencia de vicios capaces de anular la adquisición; y así ocurre con el párrafo 1.º del artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, en el que no se dice que el dominio de la marca se adquiere por prescripción, sino que se empieza por sentar que el certificado de concesión del registro de una marca constituye una presunción *juris tantum* de propiedad, y se añade que el dominio de la marca «se consolida a los tres años», o sea que una vez transcurridos éstos, el titular queda inmunizado de las acciones impugnatorias que los terceros puedan deducir, transformándose la inicial presunción *iuris tantum* en *iuris et de iure*, quedando interrumpido tal plazo por el ejercicio ante los Tribunales de la acción impugnatoria conforme al artículo 1.973 del Código civil.

**Prohibición de acceso al registro de marcas semejantes o idénticas.**—La prohibición de acceso al Registro de la Propiedad Industrial de los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados puedan inducir a error o confusión en el mercado, persigue la doble finalidad de evitar, tanto que se lesionen los derechos de los fabricantes o comerciantes como a impedir que puedan los consumidores equivocadamente adquirir cosa distinta de la que se proponen.

**Interpretación jurisprudencial.**—La confrontación de las denominaciones en conflicto ha de ser realizada en una visión de conjunto o sintética, operando con la totalidad de los elementos integrantes, sin descomponer su unidad fonética y gráfica en fonemas o voces parciales, teniendo en cuenta, en el juicio comparativo, la totalidad de las sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia caracterizante, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan atenuada función diferenciadora; pueden coexistir pacíficamente dos marcas de la misma denominación cuando los productos que amparan son tan opuestos en su naturaleza y

finés que racionalmente debe ser descartada toda posibilidad de duda en el público que los solicita, por pertenecer a áreas comerciales diversas, pero en el presente caso la identidad buscada de propósito por el demandado es apta para producir error o confusión en el mercado, y ello aunque los productos que amparan las marcas de autos no estén comprendidos en los mismos apartados del nomenclador, ya que si esto es cierto también lo es que todos ellos se refieren a prendas que componen el hábito humano y son auxiliares para la práctica del deporte y cabe pensar que sean vendidas en tiendas del mismo ramo. (STS 28 noviembre 1986, ha lugar.)

**37. Personas jurídicas. Cooperativas. Acuerdo de expulsión. Imputación de hechos delictivos a miembro de Junta Rectora.**—En las causas 1.ª y 2.ª de las que señala el artículo 8.º de los Estatutos de la Cooperativa como determinantes de la expulsión del socio se comprenden, entre otras, «cuando el socio desarrolla una actuación perjudicial para la Cooperativa», o «con su comportamiento haga imposible su convivencia con los demás cooperativistas», y no puede menos de llegarse a la conclusión, de una parte, que la imputación formulada, en público y en alta voz, a un miembro de la Junta Rectora, de haber robado a la Cooperativa 240.000 pesetas, lo que constituye un hecho constitutivo de delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, y significa el desarrollo de una actividad perjudicial para la cooperativa en cuanto menoscaba el crédito entre los socios y frente a terceros de uno de los componentes de su órgano de gobierno, y, de otra, que tal comportamiento hace imposible su convivencia con los demás cooperativistas que avalan la gestión del administrador a quien le ha sido formulado el reproche; debiendo añadirse que el artículo 11.3-a) de la Ley General de Cooperativas, si bien permite que los Estatutos tipifiquen las faltas, contiene el mandato imperativo de que entre las faltas graves se incluirán, en todo caso, las actividades del socio que sean de tal naturaleza que puedan perjudicar los intereses materiales o el prestigio social de la cooperativa, enunciando, a título de ejemplo, las que signifiquen «manifiesta desconsideración a los rectores y representantes de la entidad». (STS 19 diciembre 1985, ha lugar.)

**38. Contrato de comisión mercantil. Prescripción de acciones.**—El Código de comercio no contiene un plazo específico o expreso de prescripción referido al contrato de comisión mercantil, ni tampoco se refiere a dicha prescripción la Ley de Navegación Aérea, ni el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, y en vigor para España desde 1933, así como el Protocolo de La Haya desde 1966. Estas normas internacionales y la Ley de Navegación Aérea regulan únicamente una prescripción de las acciones de responsabilidad en caso de accidente por daños en las personas o en las cosas, cuestión distinta de la acción cuyo ejercicio se plasmó en la demanda inicial de esta litis.

**Plazo de prescripción de la acción.**—En defecto de disposición expresa sobre prescripción de acciones derivadas de contratos de comisión o agencia, tanto en el Código de comercio como en Leyes mercantiles especiales, se aplicará el precepto del artículo 4.º, apartado 3, del Código civil, de tal suerte que el plazo de prescripción será el general de las obligaciones personales que no tienen plazo especial. (STS 31 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—La acción de reclamación de las cantidades devengadas por fletes fue estimada en ambas instancias al considerarse probada la suma debida. No prospera el recurso de casación.

**39. Contrato de mediación. Concepto y caracteres.**—La mediación es un contrato de colaboración mercantil, en el que el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, poniéndolos en relación; está carente de regulación legal y es lícito al amparo del artículo 1.255 del Código civil, pudiendo considerársele atípico, innominado *sui generis*, *facio ut des*, principal, consensual y bilateral, o simplemente unilateral por surgir sólo una obligación —la del que hace el encargo— de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación.

**Contenido del contrato de mediación.**—La esencia de la obligación del mediador consiste en realizar o desarrollar una actividad para aproximar a dos futuros contratantes, sin comprometerse a la obtención de un resultado concreto, aunque su falta de regulación legal permita el pacto de que el pago de la remuneración se condicione a que la mediación sea eficaz, otorgándose y perfeccionándose el contrato pretendido con la mediación, así como que esto se establezca por los usos y costumbres, siempre objeto de prueba, valorándose en cada caso concreto por los Tribunales para evitar los posibles abusos de una u otra parte.

**Perfección y consumación.**—Cuando se otorga o perfecciona por el concurso de la oferta y de la aceptación el contrato a que tiende la mediación, cabe hablar de que ésta se ha consumado, lo que no debe confundirse con la consumación del contrato celebrado como consecuencia de dicha mediación, pues este resultado ya es independiente de la actividad del mediador, a no ser que se le haya responsabilizado expresamente de obtenerlo.

**Remuneración del mediador.**—Lo normal es que el corredor tenga derecho a la retribución en el caso de que llegue a tener realidad el negocio jurídico objeto de la mediación como consecuencia de la actividad por él desplegada, pero sin que se obligue a responder del buen fin de la operación, cosa que requeriría un pacto especial de garantía, expreso o determinado por el uso, cual se prevé en el artículo 272 del Código de comercio para la comisión; no hay contradicción en la jurisprudencia, pues sigue vigente que conforme a las sentencias de 11 junio 1947, 6 abril 1952 y 23 octubre 1959, el derecho a la remuneración subsiste aunque el contrato celebrado por mediación del corredor no llegue a consumarse; que de acuerdo con las sentencias de 9 y 21 octubre 1965 se devenga siempre que de las gestiones del mediador se haya aprovechado quien concluya el contrato; y que, cual señala la sentencia de 17 mayo 1966, ese derecho no puede enervarse por el desistimiento unilateral del vendedor; teniendo en cuenta, en todo caso, que ha de estarse al caso concreto. (STS 1 diciembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Hay ya un *corpus* abundante de doctrina jurisprudencial sobre el contrato de mediación, en el que la presente sentencia (Pte. Fernández Cid de Temes) introduce elementos clarificadores en el debatido tema de la remuneración del mediador. En principio, el contrato de mediación puede calificarse de resultado y no de actividad, por cuanto el mediador se obliga a perfeccionar un contrato entre la otra parte y el tercero. Pero

parece correcta la distinción que introduce esta sentencia en el sentido de que la consumación de ese contrato perfeccionado mediante la actividad del mediador no es requisito del derecho a percibir la remuneración por este último, salvo una cláusula especial de garantía. (G.G.C.)

**40. Transporte internacional de mercancías por carretera. Competencia jurisdiccional. Sumisión expresa.**—Conforme esta Sala tiene reiteradamente dicho, la sumisión expresa no se cumple en los casos en que sólo se somete a la jurisdicción o competencia una sola de las partes.

**Interrupción de la prescripción extintiva.**—El artículo 951 del Código de comercio no es aplicable a los supuestos de transportes internacionales de mercancías por carretera, ni tampoco el 944, dado que el Convenio de 19 de mayo de 1956, al que se adhirió España, establece una forma especial de interrupción del término prescriptivo, que prima sobre la genérica del Código mercantil.

**Incongruencia.**—La resolución impugnada ha incidido en incongruencia al imponer a la parte demandada y aquí recurrente el pago de los intereses de unas cantidades cuyo abono no fue suplicado en los escritos de alegaciones de su contraparte. (STS 21 enero 1986, ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad demandante realizó por encargo de la demandada una serie de servicios de transportes internacionales de mercancías por carretera. La entidad demandada no satisfizo a la demandante el pago de la deuda.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia, estimando la demanda y rechazando las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción de la acción. Prospera el recurso de casación por incongruencia.

**41. Transporte marítimo de mercancías. Convenio de Bruselas y Ley de 1949. Caducidad de la acción por daños. Ineficacia interruptiva del acto de conciliación.**—El plazo del año que establece el párrafo 4.º del artículo 22 de la Ley de 22 diciembre 1949 para reclamar los daños sufridos por las mercancías transportadas por mar, es de caducidad según notoria doctrina jurisprudencial, y sin olvidar la posibilidad contemplada por la doctrina científica y por la de esta Sala (SS. de 30 noviembre 1974 y 21 abril 1975) de la existencia de tipos de caducidad que, de suyo, demandan una aplicación flexible, es lo cierto que lo que dicha norma exige para mantener la responsabilidad del porteador es que, por el interesado, se ejercite una acción dentro del año siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas debieron ser entregadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, ya que si bien las partes prorrogaron de común acuerdo dicho plazo —lo que la sentencia de 30 mayo 1984 declaró válido en un caso idéntico al presente— y se presentó dentro de la prórroga la demanda de conciliación, ésta carece de eficacia interruptora frente a la caducidad, máxime cuando dicho acto no era requisito legal previo al ejercicio de la acción. (STS 24 enero 1986, no ha lugar.)

**NOTA.**—No hay dudas en la jurisprudencia sobre el carácter de caducidad de la acción ejercitada. Últimamente en sentencia de 14 febrero 1986

(Pte. Pérez Gimeno). El interés de la ahora extractada radica en la existencia de una ampliación convencional del plazo de caducidad que la doctrina suele ver con reservas (ALBALADEJO, *Derecho civil*, 1-2.º, 6.ª ed., pp. 526 y ss.) (G.G.C.)

**42. Transporte marítimo de mercancías. Convenio de Bruselas y Ley de 1949. Caducidad de la acción por daños.**—La Ley de 22 diciembre 1949, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las reglas del Convenio de Bruselas de 1924 sobre unificación de conocimientos de embarque y cláusulas de exoneración de responsabilidad, somete a su régimen los transportes internacionales de mercancías por mar y establece en su artículo 22, párrafo 4.º, el plazo de un año para el ejercicio de la acción por daños, lapso de tiempo que debe calificarse de caducidad y no de prescripción, como se desprende de la literalidad del precepto, ya que la acción tiene una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonera «en todo caso» de responsabilidad al porteador y al buque, y porque así lo tiene declarado esta Sala en sentencias de 31 octubre 1978, 30 mayo 1984 y 29 enero 1985, entre otras; calificación de caducidad que lleva aparejado que los modos interruptivos aplicables a la prescripción, como la interposición de la demanda de conciliación, no lo sean para la caducidad según constante doctrina del Tribunal Supremo.

**Legitimación del consignatario de buques.**—El consignatario como representante del buque se responsabiliza de las consecuencias dañosas de su actuar culposo o negligente, y está legitimado en el proceso en que tratan de hacerse efectivas, si bien en el presente caso, la estimación del recurso por este motivo conduciría al mismo resultado final, dado que se ha declarado la caducidad de la acción ejercitada. (STS 14 febrero 1986, no ha lugar.)

**43. Comisión de transporte. Contenido del contrato.**—La comisión de transporte implica que el comisionista no se obliga a realizarlo por sí, o por medio de sus dependientes, sino a contratarlo con un porteador, o empresario que asume directamente la obligación de llevarlo a cabo; el comisionista no tiene, pues, la condición de porteador, limitándose a cumplir la comisión, cuyo negocio ejecutivo es el contrato de transporte y no el transporte mismo, al recaer la realización de éste sobre el porteador efectivo, aunque nuestro Código de comercio, para proteger la posición del comitente, le permite dirigirse contra la persona del comisionista, que es con quien él contrató, en vez de obligarle a buscar la responsabilidad de un porteador, por él no elegido y conforme a otro contrato, el de transporte, cuyas condiciones tampoco él pactó, cláusula de garantía tácita e inderogable que impone al comisionista de transporte las mismas obligaciones y responsabilidades del porteador, subrogándose en su posición jurídica, según establece el artículo 397 del Código de comercio.

**Negligencia del porteador.**—Se ha probado el actuar negligente del porteador, pues el dejar un camión cargado en la vía pública toda una noche, sin vigilancia alguna, con mercancía de gran valor y fácil venta, dando lugar con ello a su sustracción, significa que se dejaron de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes, que es el supuesto contemplado por el artículo 362 del Código de comercio, sin que la circunstancia de tener «puestas las llaves de contacto» que la Audiencia no toma en cuenta por falta de alegación

oportuna, añade nada a aquella valoración, salvo la agravación de la culpa, existente en todo caso. (STS 11 octubre 1986, no ha lugar.)

### III. DERECHO PROCESAL

**44. Cuestión de competencia. Demora en la comunicación entre órganos jurisdiccionales no imputable a la parte.**—La parte fue absolutamente ajena a una demora en la recepción de los correspondientes despachos, de suerte que éstos llegaron al órgano requerido una vez que éste había dictado sentencia de remate y de la declaración de firmeza de la misma, toda vez que está acreditado que el planteamiento de la cuestión de competencia se hizo en correcta forma y con antelación al pronunciamiento del juzgado requerido, pues es doctrina de este Tribunal que los defectos relativos a las comunicaciones entre los órganos judiciales no deben ser sufridos por la parte a la que no son imputables. (STS 21 febrero 1986, cuestión de competencia.)

NOTA.—Estaba clara la cuestión de fondo del conflicto planteado, pues se trataba de la acción ejercitada en contra del aceptante de una letra de cambio, cuyo pago estaba domiciliado en Bilbao, mientras el juicio ejecutivo se siguió en Barcelona. Parece útil y conveniente reiterar la doctrina general que aquí se sienta. (G.G.C.)

**45. Litisconsorcio pasivo necesario.**—Se ha demostrado la realidad de lo proclamado por la sentencia recurrida, de que no fueron demandados todos aquellos que estaban interesados, especialmente los adjudicatarios, que necesariamente tenían que haber sido oídos, conforme a la elemental doctrina del «litisconsorcio pasivo necesario», a cuyo tenor *nadie puede ser condenado sin ser previamente oído en juicio*. (STS 6 diciembre 1985, no ha lugar.)

**46. Incongruencia y «reformatio in peius». Artículo 24 de la Constitución.**—Como ya se dijo en la reciente sentencia de 4 de octubre de 1985, no es siempre fácil distinguir en su aplicación entre la incongruencia y la prohibición de la «reformatio in peius», doctrina ésta más bien referida al ámbito objetivo y funcional de la competencia del Tribunal «ad quem», en el sentido de que éste no puede conocer los extremos del pleito consentidos por la parte que no ha apelado, ni perjudicar al recurrente sin haber mediado excitación de la contraria mediante recurso al efecto. Pero la relación entre ambas instituciones es manifiesta si se considera que la sentencia incongruente incide en la prohibición de la «reformatio» en cuanto grava o perjudica a la parte afectada. Hay, por tanto, una interferencia o una concurrencia en cuanto al efecto que se produce, es decir, una infracción del ordenamiento jurídico, incluso de alcance constitucional, si se considera lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, relativo a la tutela jurídica y al principio implícito de la audiencia bilateral, que se daña tanto con la incongruencia como con la «reformatio» gravosa. (STS 15 octubre 1985, ha lugar.)

**47. Costas procesales.**—La temeridad o mala fe de las partes, determinante de la imposición de costas, incumbe al juzgador de instancia apreciarla.

**Incongruencia. «Reformatio in peius».**—Como quiera que los arquitectos, en punto a costas, impetraron tan sólo que no se les impusieran las de Primera Instancia, quíerese decir que la imposición de las costas a los actores, de las causadas en ambas instancias por los codemandados absueltos, incide en el otorgamiento de más de lo pedido, como modalidad de incongruencia prevista en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin olvidar que en función de esa incongruencia se ha producido también una infracción del principio de proscripción de la «reformatio in peius». (STS 17 octubre 1985, ha lugar.)

**48. Reclamación de título nobiliario.**—Es indudable que el cumplimiento de las formalidades administrativas para la rehabilitación del título, e incluso la aprobación del Rey o del Jefe del Estado, no impide la reivindicación por parte de quien se crea con mejor derecho a la merced, mejor derecho que es reconocido por las leyes que fijan el mismo y a las que hay que atenerse.

**Normas susceptibles de acceso a la casación.**—Hay que conceder la cualidad de norma con rango accesible a la casación al Decreto de 27 mayo 1912, pero no puede admitirse que pueda alegarse toda clase de norma en la casación civil, sino para permitir la selección que, de acuerdo con su verdadera sustancia o entidad jurídico-civil, pueda hacer el Tribunal Supremo, en su tarea revisora, de la aplicación en las instancias de normas que, aun sin rango de ley formal, reconozcan, limiten o nieguen derechos civiles. (STS 11 octubre 1985, no ha lugar.)

**HECHOS.**—La contienda suscitada en el pleito se refiere a la acción enablada por la actora, para que se declare su preferencia para ostentar el título de marquesa, frente a su actual titular y poseedor administrativo, su tío, por entender que la posesión por éste es inválida al ser ineficaz el acto de cesión que de tal título le hizo en escritura pública su hermano, que no podía perjudicarle habida cuenta de las normas aplicables a la sucesión nobiliaria.

**49. Retracto arrendaticio rústico. Acceso a la casación por razón de la cuantía. Derecho transitorio. Necesidad de fijar un criterio.**—La sentencia de instancia declaró que la denegación de un recurso legalmente establecido, hecha en forma arbitraria, puede constituir una violación de las garantías procesales constitucionalizadas, lo que induce a estimar que cualquier duda que pudiera plantearse al respecto habría de ser resuelta en el sentido de conceder a las partes los mayores medios posibles para la defensa de sus derechos, sin coartarles la interposición de un recurso que encuentra su encaje en determinados preceptos legales; tal criterio es prudente, pero no ha de ser compartido por esta Sala por cuanto es inexcusable sentar concretamente cuándo las sentencias de la categoría constituida por las recaídas en vía de apelación en los juicios de retracto rústico, son o no accesibles a este extraordinario recurso de casación.

**Incidencia de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.**—No es admisible el recurso de casación contra las sentencias dictadas en materia de arrendamientos rústicos en que la cuantía es de 125.000 pesetas, pues la interpretación extensiva significaría que la reforma operada en el artículo 132-3.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 por el artículo 27 de la Ley de 6 de agosto de 1984, habría creado *ex novo*

el acceso a la casación de los juicios en curso de cuantía hasta 200.000 pesetas, que no la tenían con arreglo a la redacción originaria de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, y hasta para los de interés inferior a las 20.000 pesetas iniciados antes de la vigencia de esta última citada ley, y que estaban sujetos originariamente a los límites del R.A.R. de 1959 y de la Ley de 1953; tal conclusión contradiría el rasgo característico de la reforma de 1984, de atemperar los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la devaluación monetaria. (STS 9 abril 1986, no ha lugar.)

**50. Recurso de revisión. Retracto arrendaticio urbano. Legitimación para interponerlo.**—La falta de legitimación activa por parte del promotor del recurso, en base a no haber sido parte en el litigio que concluyó con la sentencia cuya impugnación se solicita, es, en verdad, una cuestión en extremo interesante, dado que la opinión, tanto de la doctrina científica procesalista como la de esta Sala, no son pacíficas, oscilando entre dos posiciones, la que pudiera denominarse restrictiva, que admite como únicos legitimados a quienes hayan sido parte en el proceso que concluye con la sentencia impugnada, y la que, frente a la anterior, cabría llamar extensiva que apunta la posibilidad de que, para evitar fraudes, pueda otorgarse legitimación activa a aquellos a quienes puedan extenderse los efectos de la cosa juzgada, pese a no haber sido parte y no haber sido convocados a juicio; mas sígase uno u otro criterio, es lo cierto que en el presente supuesto quien promovió la presente revisión ni tenía ningún derecho posesorio o dominical sobre el local arrendado, ni la sentencia le ha producido gravamen alguno.

**Abuso del Derecho. Mala fe.**—Se constata la mala fe del recurrente al intentar, sin base ni fundamento probatorio alguno, combatir la eficacia de una sentencia firme haciendo uso del remedio formal que la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrece para atacar dichas resoluciones, bien que no con finalidad derecha y justificada, sino con el propósito de retardar la normal y adecuada efectividad de la resolución aquí impugnada, incidiendo en la conducta que reprocha el artículo 7.2 del Código civil, esto es, el abuso del derecho. (STS 14 febrero 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Obsérvese que el Tribunal Supremo se limita a exponer las dos posturas existentes a propósito de la legitimación activa para interponer la revisión sin tomar postura por ninguna de ellas. En la doctrina, con referencias jurisprudenciales, puede verse: DOVAL DE MATEO, *La revisión civil* (Barcelona, 1979), pp. 79 y ss.

**51. Recurso de revisión. Maquinación para ocultar domicilio de los demandados. Demanda para cambio de titularidad arrendaticia.**—Entraña maquinación fraudulenta la ocultación por parte del demandante, del domicilio de los demandados o de alguno de ellos, cuando le constaba dónde lo tenía, dándolo como desconocido e interesando su citación edictal, siendo obvio que con tal norma de conducta consiguió que los interpelados ignoraran la existencia y alcance de tal proceso, tramitado en su rebeldía, obteniendo con tal torcido proceder una sentencia favorable, sin que aquéllos pudieran hacer uso de sus posibles derechos, causándoles con ello una evidente indefensión. (STS 12 noviembre 1986, ha lugar.)

NOTA.—Como pone de relieve la doctrina procesalista, la gran mayo-

ría de sentencias estimatorias, recaídas en recursos de revisión al amparo de la causa 4.<sup>a</sup> del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se producen por causa de citación procesal defectuosa, hecha de mala fe.

**52. Arrendamientos rústicos. Consignación de rentas vencidas durante el proceso para recurrir. Fuera de plazo.**—Aun cuando al siguiente día de la denuncia del impago de rentas apareció en el buzón de la Audiencia un escrito, juntamente con talón bancario, con objeto de proceder a la consignación de la renta vencida, es evidente que no se ha acreditado que en el momento y día en que se denunció la falta, se tuviese ya efectuada su consignación, lo que, en principio, pudo tener lugar el día siguiente a primera hora, o, en su caso, el mismo día y en horas posteriores a las de audiencia, en que tuvo lugar la presentación del escrito de denuncia, por lo que, habida cuenta de que cuando éste fue presentado no hay constancia de que se hubiese procedido a llevar a cabo la repetida consignación, es obvio que debe tenerse por desistido al recurrente. (STS 20 diciembre 1985, no ha lugar.)

**53. Improcedencia de la tercería de dominio.**—El objeto de la tercería de dominio se circunscribe al error en la atribución de la titularidad del bien embargado. De ahí que no sea el medio procedente para impugnar el embargo de bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges, puesto que el consorcio matrimonial no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código civil.

**Responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros.**—Responden directamente los bienes gananciales por deudas contraídas por el marido al servicio del consorcio, aunque no lo fueran en el curso de la administración doméstica ordinaria.

**Inexigibilidad de demanda conjunta.**—No puede atribuirse al acreedor la carga de demandar a los dos cónyuges, cuando solamente ha contratado con uno, ni al cónyuge no deudor, la de ser parte en el proceso, cuando no está obligado ni directamente, ni como fiador. La exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges, que exige el artículo 144 del R.H., no guarda armonía con la cualidad de deudor, por lo que será suficiente la mera notificación al cónyuge no deudor. (STS 17 septiembre 1986, no ha lugar.)

**HECHOS.**—El piso embargado fue adquirido durante el matrimonio por el marido e inscrito a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

El juicio ejecutivo cambiario se basa en letras de cambio aceptadas por el marido e impagadas a sus respectivos vencimientos.

Embargado el piso, se notifica la existencia del procedimiento y la realización de la traba, por medio de cédula, a la esposa del ejecutado.

En la demanda de tercería se pide la declaración de que el piso pertenece a la sociedad de gananciales y que, por tanto, el embargo sea declarado nulo.

**NOTA.**—La doctrina del Tribunal Supremo plasmada en esta sentencia

se sitúa antes de la reforma del Código civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo; en este marco, cuando el marido se obligaba, vinculaba al cumplimiento de las obligaciones contraídas, no sólo sus propios bienes, sino también los bienes gananciales. Tras la reforma, el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, del que deriva el sistema de administración conjunta, ha supuesto un cambio profundo. Así, cuando la deuda sea privativa de un cónyuge, el actual artículo 1.373 del Código civil permite que, en caso de embargo de bienes gananciales por insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor, el consorte pueda pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal.

**54. Prelación de créditos. Tercería de mejor derecho. Póliza intervenida por corredor colegiado con anterioridad a la anotación de embargo.**—La colisión producida entre la anotación preventiva de embargo y el préstamo del tercerista goza éste de la preferencia que resulta del artículo 1.924, número 3.º, del Código civil, dado que a la constancia en escritura pública es equiparable la póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio según reiterada doctrina, de la que son muestra las sentencias de 3 noviembre 1971 y 1 marzo 1978, pues el alcance de la anotación preventiva de embargo se detiene ante los créditos anteriores según el apartado 4.º del artículo 1.923 del Código civil. (STS 27 diciembre 1985, no ha lugar.)

**55. Tercería de mejor derecho.**—Si bien la tercería de mejor derecho es inadmisibles después de realizado el pago al acreedor ejecutante, presupuesto riguroso de oportunidad establecido en el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obviamente el medio liberatorio no puede entenderse producido mientras el ejecutante no haya recibido la suma dineraria en que la entrega a realizar consiste o no se acuerde la adjudicación de bienes en pago en el proceso de ejecución.

**Naturaleza del depósito de dinero o imposición a plazo fijo.**—Se aproximó al mutuo y hasta se le calificó de contrato *sui generis*, aunque suele documentarse utilizando una libreta nominativa con menciones harto expresivas y tiene el significado de un título impropio o de legitimación, que faculta al titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero en modo alguno puede ser conceptualizado de título valor.

**Imposiciones a plazo fijo.**—En ellas no concurren los elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como garantía de la apertura de crédito. (STS 27 diciembre 1985, ha lugar.)

**HECHOS.**—Una entidad bancaria interpuso demanda de tercería de mejor derecho, solicitando que se dictara sentencia declarando que determinadas imposiciones a plazo fijo se encontraban pignoradas a su favor, y que, por tanto, ostenta sobre ellas un derecho preferente.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de tercería de mejor derecho. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada. Prospera el recurso de casación.