

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho Mercantil*.—III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Actos contrarios a la ley: consecuencias jurídicas (art. 6.3 CC).—Afirma el TS que el citado precepto formula un principio jurídico que debe ser interpretado de forma flexible. Esto significa que no puede afirmarse que todo acto contrario a la ley conlleve siempre la sanción de la nulidad.

Actos contrarios a la ley: clasificación.—La Sala 1.^a del TS clasifica los actos contrarios a la ley en tres grupos: *a*) actos contrarios a la ley cuya nulidad se funda en un precepto legal que expresamente prevé la citada sanción (la nulidad del acto podrá declararse incluso de oficio); *b*) actos contrarios a

la ley, siendo ésta la que ordene, pese a ello, la validez del acto; y c) actos contrarios a la ley, sin que ésta se pronuncie expresamente sobre la nulidad o validez del acto en cuestión.

Actos contrarios a la ley cuando ésta no se pronuncia sobre su validez o nulidad: determinación de sus consecuencias jurídicas.—Afirma el TS (SSTS de 28 de julio de 1986, 17 de octubre de 1987 y 29 de octubre de 1990) que en este tipo de casos el juzgador debe analizar la naturaleza y la finalidad de la norma vulnerada, los móviles y las circunstancias del acto que infringe la ley, así como los efectos previsibles de dicho acto.

A la luz de las conclusiones que se extraigan del citado análisis, la autoridad judicial decidirá si declara la validez del acto (cuando «la levedad del caso así lo permite o aconseja») o, por el contrario, declara la nulidad del acto (cuando concurren transcendentales razones que permiten calificar al acto «como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público»). (STS de 18 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Previcáceres* interpone demanda contra don F. M. N. (socio de la cooperativa), solicitando se condene al demandado a pagar una determinada cantidad de dinero.

Al mismo tiempo, don F. M. N. y don A. S. M. interponen una demanda contra la citada *Sociedad Cooperativa*, suplicando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad de todos los acuerdos aprobados por la Asamblea General extraordinaria de la sociedad cooperativa celebrada en octubre de 1994, porque en ella votaron personas que no tenían la condición de socios y se adoptaron acuerdos contrarios a la ley.

Se acordó la acumulación de autos a instancia de la *Sociedad Cooperativa Limitada de Viviendas Previcáceres*.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la *sociedad cooperativa* y desestima la demanda interpuesta por don F. M. N. y don A. S. M. Interpuesto recurso de apelación por estos últimos, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Téngase en cuenta que aunque los Fundamentos de Derecho de la presente sentencia hacen alusión a la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, la citada norma en la actualidad está derogada conforme a la DD 1.ª de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. (M. J. P. G.)

2. Renuncia de derechos: afectación a terceros como requisito de nulidad.—(...) se denuncia la infracción del artículo 6 del CC y de los artículos 3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, afirmándose que la renuncia efectuada es nula al afectar a derechos irrenunciables, por tratarse de derechos nacidos de la relación laboral de un trabajador del que dependen sus hijos, por lo que además la misma afecta a derechos de terceros, como son sus hijos y su esposa.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que los derechos que el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, declara absolutamente indisponibles son aquellos reconocidos por disposiciones legales de Derecho necesario

o los reconocidos como indisponibles por Convenio Colectivo. Evidentemente no concurre ninguna de dichas notas en los derivados de un accidente de trabajo, que son los que se discuten en la presente litis.

Por otra parte, la alegación del recurrente podría ser atendible si nos halláramos ante una renuncia anticipada de derechos, es decir ante un pacto que tuviese por objeto la renuncia anticipada a reclamar indemnización alguna por cualquier eventual accidente que el recurrente pudiera llegar a sufrir en el futuro, en el curso de su prestación laboral para la empresa a la que le unía su contrato de trabajo.

Sin embargo, en el presente supuesto el accidente ya se había producido y, como afirma el Tribunal de instancia, el recurrente ya conocía la totalidad de las circunstancias y de las consecuencias lesivas del mismo. Podía, por ello, llegar a una transacción como la que llevó a efecto y en la que estuvo presente asimismo su esposa.

Al tratarse de lesiones e incapacidades que han afectado al propio sujeto que percibe la indemnización que ha convenido con la parte obligada al pago de la misma y que renuncia a cualquier otra reclamación sobre el particular, no puede pensarse que exista otro perjudicado distinto del mismo lesionado que está adoptando decisiones acerca de derechos ya incorporados a su patrimonio y de acciones judiciales de las que ya se halla investido, por lo que su actuación afecta únicamente a sus propios intereses, que son en este caso los únicos jurídicamente relevantes. Sin duda de alguna manera pueden resultar afectados los intereses generales de los hijos ante una reducción de ingresos futuros derivada de la incapacidad laboral de su progenitor, pero evidentemente no por eso se convierten aquellos en titulares de un interés jurídico tutelable distinto o diferenciable del que en méritos de la situación corresponde a la persona que la sufre y que es quien, disponiendo de plena capacidad de obrar como en el presente caso sucede, se encuentra legitimado tanto para reclamar su protección como para abstenerse de hacerlo si entiende que el perjuicio sufrido ha sido suficientemente reparado. (STS de 11 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don O. A. J. interpone dos demandas consecutivas contra *Construcciones Valderrama, S. A.* y *Banco Vitalicio, S. A.* En la primera interesa la condena de ambas entidades al abono de setenta y dos millones de pesetas más los intereses legales y, además a la aseguradora al pago del 20 por 100 de dicha suma desde la fecha del accidente sufrido cuando prestaba servicios laborales para la constructora. En la segunda solicita la declaración de nulidad de la renuncia a cuantas acciones pudieran corresponderle como consecuencia de dicho accidente que había otorgado ante Notario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas pretensiones. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación que el actor interpone. (R. G. S.)

3. Ley aplicable a la sucesión.—En virtud de lo dispuesto en el artículo 9.1 CC procede la aplicación de la ley de la nacionalidad del causante a la sucesión, criterio que responde al principio de unidad y universalidad de la sucesión. Afirma el TS (entre otras, SSTS de 15 de noviembre de 1996 y de 21 de marzo de 1999) que estos principios no se ven vulnerados si dicha

ley personal del causante reenvía a otra regulación toda la sucesión. Tal reenvío estará legitimado en aquellos casos en los que la herencia del causante se componga únicamente de bienes inmuebles, todos ellos situados en un país distinto del de la nacionalidad del causante.

Principio de audiencia de parte.—No puede considerarse vulnerado el artículo 238.3.º LOPJ, relativo al principio de audiencia de parte, ante cualquier restricción en el ejercicio de los derechos de los legitimarios preteridos. Tan sólo podremos considerar vulnerado tal principio en los casos en los que su preterición afecte a hipotéticos derechos de otros legitimarios que estén a su vez preteridos y que no hayan sido parte en el proceso. (STS de 23 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña V. G. C. como representante legal de su hija (S. W. G), demanda en juicio declarativo de menor cuantía a doña V. M. C, solicitando se declare a su hija S. legitimaria en la sucesión de su difunto padre D. F. M. J. W., así como la reducción de la institución de heredero y la nulidad de los posibles actos de disposición que la demandada pudiera haber realizado en perjuicio de la menor.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara a S. legitimaria. Apelada la sentencia, la Audiencia desestimó el recurso interpuesto por la demandada y estima parcialmente el interpuesto por la actora, al mantener su condición de legitimaria y declarar haber lugar a la reducción de la institución de heredero en la parte que perjudique a su legítima. Recurrída en casación esta resolución, el TS declara no haber lugar al recurso. (S. E. M.)

4. Doctrina de los actos propios.—El principio general de Derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación afectante a su autor y asimismo que exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente —SS, por citar tan sólo las recientes, de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de octubre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio y 25 de octubre de 2000, 27 de febrero, 16 y 24 de abril y 7 de mayo de 2001, y un largo etcétera—. No se cumple en el motivo la exigencia de esta reiterada doctrina jurisprudencial. Lo alegado en el motivo no supone actos inequívocos de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, ni existe contradicción, ni incompatibilidad según la buena fe a la atribución de la conducta de los actores.

Los actos aducidos en el motivo, ni alteran el *status* jurídico preexistente, ni son incompatibles en el parámetro de la buena fe con la conducta reclamante de la demanda y el motivo, por su ausencia de fuerza suasoria, tiene que parecer de forma inexcusable. (STS de 20 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. y doña C. reclaman a *Nepor, S. A.*, don J. L., doña B. y *Solpi, S. A.*, la entrega de los documentos necesarios para obtener la cédula de habitabilidad de un chalet más la indemnización correspondiente a los perjuicios derivados de la negativa a entregar la documentación mencionada. Igualmente pretenden que se condene a los demandados a efectuar los trabajos necesarios para eliminar el riesgo de invasión del chalet por aguas y materiales procedentes del colector de la urbanización en que está enclavado. Exigen, por último, la condena al pago de los daños y perjuicios causados por la invasión de agua y piedras que destruyó la piscina y el muro de cerramiento de la parcela. El Juzgado estima parcialmente la demanda condenando a *Solpi, S. A.* y *Nepor, S. A.*, a la entrega de los documentos y a indemnizar de los perjuicios causados. Apelada la sentencia del Juzgado, la Audiencia la revoca parcialmente. *Solpi, S. A.*, interpone recurso de casación alegando, entre otros motivos, infracción de la doctrina de los actos propios en tanto que los recurridos poseen y disfrutan el chalet desde la fecha de la escritura de la compraventa. El TS, con base en razones de carácter procesal, declara no haber lugar. (R. G. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Derecho de la persona: cambio de sexo: mujer a varón: doctrina del TS: necesidad de cumplir los tres pasos quirúrgicos secuenciales que describe el Panel de expertos 2001 elaborado a instancias del Pleno del Senado.—En los casos resueltos por las SSTs de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1999, se había completado el proceso quirúrgico de reasignación de sexo, logrando la adecuación del fenotipo personal al sexo al que los interesados sentían pertenecer, a fin de poner remedio al trastorno de identidad de género que sufría, advirtiendo que todos ellos suponen cambio de varón a mujer. En el presente caso, cambio de mujer a varón, sólo se ha realizado el primero de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de reasignación sexual, mediante la cirugía de cambio de sexo en transexuales de este grupo, que ahora se describe en el Informe elaborado en noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que insta al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales. Para realizar el tratamiento quirúrgico completo faltan a la actora dos etapas, en primer lugar la resección del útero y los ovarios, y finalmente la reconstrucción del pene, bien a través de metaidoioplastia, bien por medio del procedimiento más complejo de la faloplastia.

Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.—A la vista de las sentencias dictadas en los casos *Van Oostewijc*, *Rees*, *Coosey*, *Sheffield* y *Horsham* acumulados, y, finalmente, los casos *E.* y *Goodwins* contra Reino Unido, caben destacar las siguientes afirmaciones: 1) El TDHE desde 1986 se ha declarado repetidamente consciente de la gravedad de los problemas que afectan a los transexuales, por cuanto la discordancia

entre el papel que en la vida social adopta un transexual *operado* y la negativa de algunos Estados a reconocer el cambio de sexo producido generan sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad de evidente trascendencia. 2) Califica de llamativa la falta de coherencia que supone que el Servicio Nacional de Salud del Estado demandado haya reconocido la peculiar situación de los promoventes y se haya hecho cargo de las intervenciones quirúrgicas necesarias para procurarles la mayor aproximación posible al sexo al que sienten que realmente pertenecen sin que esta actuación administrativa haya determinado un pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de las interesadas. 3) Ha de admitirse que una persona transexual, pese a la creciente sofisticación de las intervenciones quirúrgicas y de los tratamientos hormonales a que se somete, no puede adquirir todas las características biológicas del nuevo sexo, pues el elemento cromosómico permanece inalterable. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo no considera que el factor cromosómico sea –con exclusión de cualquier otro– el decisivo a los fines de atribución jurídica de una nueva identidad sexual. En efecto, a través de los Informes de *Liberty* (entidad que ha intervenido en los procesos de que dichas sentencias traen causa en calidad de *amicus curiae*) se constata que existe un reconocimiento internacional de que la transexualidad constituye un estado médico anómalo que requiere se facilite a las personas afectadas el tratamiento encaminado a prestarles la ayuda necesaria. Por otra parte, la mayoría de los Estados que han suscrito el Convenio de Roma se hacen cargo, o al menos autorizan, dicho tratamiento, el cual comprende determinadas operaciones quirúrgicas irreversibles, cuya penosidad pone de manifiesto que las decisiones de someterse a un cambio de identidad sexual no pueden haber sido adoptadas de modo arbitrario o irreflexivo por los interesados. 4) El Tribunal concluye que pese a las dificultades que en diversos aspectos puede presentar un cambio en la actitud de determinados Estados respecto al problema de la transexualidad, las mismas no deben considerarse insuperables si el pleno reconocimiento de la nueva identidad sexual se limita a aquellas personas que se han sometido a la totalidad de las intervenciones y tratamientos aludidos permitiendo que las mismas vivan con dignidad conforme a la identidad sexual que han conseguido al precio de grandes sufrimientos y pueden contar con el respeto de todas. Esta doctrina se mantiene en la S de 11 de julio de 2002 de que ha modificado la posición anterior del TDHE respecto a la normativa del Reino Unido sobre imposibilidad de alteración de las actas de nacimiento de los transexuales operados que ahora estima viola el artículo 8 del Convenio, si bien mantiene en lo esencial su precedente doctrina en orden a los requisitos exigibles a quienes pretenden el cambio de sexo. (STCS de 16 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda había sido desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guecho, siendo rechazada la apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao. Interpuesto recurso de casación se rechaza igualmente mediante la importante sentencia dictada por la Sala 1.ª del TS compuesta por los Sres. Auger Liñán, Ortega Torres, García Varela, Corbal Fernández y Romero Lorenzo (este último Ponente); la doctrina aquí extractada viene a completar la, en su momento considerada como *revolucionaria*, sentada por las sentencias que allí se citan; invocando ahora la autoridad científica representada por el Informe 2001

del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, que parece endurecer los requisitos del proceso quirúrgico de reasignación sexual que se califica reiteradamente de *irreversible* y de especialmente *penoso* para el interesado, lo que prueba a juicio de la Sala 1.ª la seriedad del propósito que anima al transexual. Sorprende, sin embargo, el silencio que guarda la sentencia sobre los terceros afectados y, eventualmente, perjudicados por el cambio de sexo; en efecto, no infrecuentemente el transexual ha estado casado conforme a su sexo cromosómico, o lo está al tiempo de la solicitud; matrimonio del que incluso puede haber descendencia común, la cual, sin duda, se verá afectada por el cambio de sexo legal de su progenitor; tampoco se contempla el hecho de que, si en el futuro, el transexual cambia nuevamente de sexo psicológico y desea volver al inicial sexo cromosómico ¿se entenderá que el ordenamiento se lo prohíbe? Igualmente, lo relativo al *ius connubii* del transexual (el supuesto no es impensable y el avance de la cirugía transexual puede permitir *le pas en arrière*). No se olvide que, como también reconoce la sentencia extractada, estamos en presencia de una auténtica *fictio iuris* ya que la autorización judicial al cambio sólo crea un *vir fictus* o una *ficta mulier*.

La Sala 1.ª admite paladinamente la actuación, en algunos casos, de *grupos de presión* ante el TEDH, y parece aceptar sin reservas la voluntad de éste de convertirse, al amparo del Convenio de 1950, en un órgano promotor de reformas de Derecho de familia en nuestro continente, sobre lo cual no hay unanimidad doctrinal; y, añadido por mi cuenta, no se somete al control de otros órganos legislativos europeos, ni al procedimiento normal de elaboración de normas de tal naturaleza. (G. G. C.)

6. Orden sucesorio en los títulos nobiliarios.—Conforme a una abundante jurisprudencia del TS (SSTS de 11 y 12 de diciembre de 1997), la sucesión de los títulos nobiliarios se rige por lo dispuesto en Las Partidas, el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, que remite al artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, que serán de aplicación en defecto de lo dispuesto en la carta de concesión que contenga un orden específico para suceder. En todas ellas se establece que el orden de suceder en estos casos se regirá primeramente por lo dispuesto en el título de concesión (orden tradicional), que tendrá fuerza de ley, y para el caso de no disponer nada al respecto, se aplicarán los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendientes como en las colaterales. Según las SSTS de 7 de julio de 1986 y de 8 de abril de 1982, el orden sucesorio se produce con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, matizados con los siguientes criterios preferenciales: 1) el grupo de descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes y el de éstos al de los colaterales; 2) la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; 3) el grado más próximo excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea y a salvo el derecho de representación; 4) habiendo igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; 5) en igualdad de línea, grado y sexo, el de mayor edad prefiere y excluye al de menor edad.

Jurisprudencia del TS en atención a este orden.—El TS ha declarado en numerosas ocasiones la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de masculinidad que se aplica en este orden sucesorio, al entender que era contrario al principio de igualdad del artículo 14 CE (SSTS de 7 de julio de 1986 y 20 de junio de 1987). Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial queda desmontada a partir de la sentencia del TC de 3 de julio de 1997, que declaró que el criterio de preferencia del varón sobre la mujer no es contrario a dicho artículo y no supone una discriminación por razón de sexo. (STS de 23 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. A. reclama a doña P. S. F. el Título de Castilla de Conde de Alcudía, con Grandeza de España, concedido por el Rey de España don Felipe IV en 15 de mayo de 1663 al Almirante don P. F. C. M., alegando que su derecho para poseer, usar y llevar dicho título es mejor y preferente.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por don J. F. A., frente a lo cual la demandada recurre en apelación. La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Por último, doña P. S. F. acude al TS en casación, donde se desestima el recurso. (S. L. M.)

7. Colisión entre derecho al honor, deber de información periodística y veracidad.—Sobre la colisión honor, deber de información periodística y la veracidad existe un copioso acervo jurisprudencial (SSTC de 30 de junio de 1988, 14 de septiembre de 1999, 5 de mayo de 2000; SSTS, Sala 1.ª, de 15 de enero, 16 de febrero, 8 de marzo, 23 de marzo, 17 de abril, 24 de septiembre de 1999; 26 de febrero, 4 de marzo, 27 de abril, 27 de junio, 5 de julio de 2000), del que cabe la siguiente síntesis [...] los periodistas tienen el deber moral de informar sobre la verdad, su intención ha de ser esa. Si no es así, la función informativa está viciada. Ahora bien, como no es posible establecer una instancia neutra que diga en cada caso cuál es la verdad objetiva, el imperativo de veracidad alcanza un sentido moral que da valor a la formación, pero que en ningún caso, salvo los establecidos en la Ley, la puede limitar. La Ley sólo la debe limitar cuando el atentado al valor de la veracidad conculque derechos fundamentales, y entonces el afectado podrá acudir a los Tribunales.

Que el presupuesto determinante de la responsabilidad, proviene de la comisión por parte del profesional de la prensa o publicidad, del correspondiente ilícito, esto es, la transgresión a través de su conducta, de la normativa en la que debe subsumirse su ejercicio profesional, cuya consecuencia infractora determina la producción de un daño o perjuicio de un tercero, que será el aludido, el destinatario o el implicado en el ejercicio de ese *facere* profesional de la publicidad. La integración de ese ilícito conlleva (*sic*) a subrayar que el autor del correspondiente ilícito deberá ser un profesional dedicado a este medio, que cuente con la acreditación que le faculta para ese ejercicio, lo que viene recogido desde el antiguo artículo 33 de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966, en donde se habla de la profesión periodística y de los directores y de que un Estatuto de la Profesión Periodística aprobado por Decreto regulará los requisitos para el ejercicio de la actividad, determinando los principios generales a que deben subsumirse, entre ellos, al de la profesionalidad e inscripción en el correspondiente registro.

En cuanto al *facere* profesional del periodista, el artículo 20 CE, refleja la dualidad de su cometido, esto es, en su número 1 se reconocen y protegen los derechos apartado a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y en su letra d) de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que deberá respetar los límites legales correspondientes; por ello, se puede reiterar, que en virtud de esta regulación, el comportamiento profesional de aquella persona dedicada al ejercicio de la Prensa, se proyectará a través de una doble conducta: por un lado, su derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos e ideas, opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de producción, que es lo que la doctrina clásica suele indicar como ejercicio de su «derecho a la libertad de expresión», y por otro, su derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, esto es, lo que se denomina el «derecho» a la correspondiente «información» a través de cualquier medio y todo esto con las «limitaciones» que se expresarán, pues si bien estos límites están ahí consagrados en el citado artículo 20.4 CE, no obstante, se subrayan, respecto a la propia autoridad profesional de la persona que luego pudiera resultar responsable, estas circunstancias:

1.º En razón a que el periodista en el ejercicio de tales derechos, está desempeñando su profesión, generalmente la fuente de subsistencia de sus recursos económicos, distante pues de un quehacer intelectual desplegado más o menos diletantemente, debe templarse cualquier rigor en la aplicación de los preceptos determinantes de la observancia de tales límites y, en su caso, de la verificación de la subsiguiente responsabilidad, por cuanto –se insiste– es muy distinto el ejercicio de un derecho por un objetivo lúdico o de expansión intelectual, a cuando se trata del ejercicio de un marco de estricta obligatoriedad profesional.

2.º Por el contrario, en otra visión del problema, también debe proyectarse otro módulo específico, en la idea de que cualquier desvío por la transgresión de tales límites, ha de observarse con cierto rigor cuando se refiere a la profesión periodística, ya que, por su dedicación habitual a ello, hace que el propio autor sea consciente de antemano, de cuáles son los riesgos en que pueda incurrir si, por una conducta no suficientemente diligente, se transgreden los respectivos límites.

Es claro que el ilícito provendrá, sobre todo, de la vulneración de aquellos límites y cuyas conductas transgresoras serán determinantes del mismo, ya que dañar el acervo patrimonial de los demás, o no respetar sus respectivos derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, supone que las respectivas conductas han rebasado no sólo los pertinentes modelos deontológicos, teleológicos y orgánicos de su profesión, sino, incluso, han vulnerado la propia normativa constitucional y las correspondientes previsiones legales; todo lo cual determina que en el desempeño de su *facere*, el autor periodístico, en su caso, habrá incurrido en cualquiera de las causas determinantes de su responsabilidad, sin lugar a dudas, de carácter extracontractual, habida cuenta el artículo 1902 CC.

Como conclusión, cabe decir que, siendo el acervo patrimonial de los demás y sus derechos personalísimos del honor, intimidad y a la propia imagen, los potenciales destinatarios de la eventual agresión, y siguiendo el dictado del propio artículo 20.4 CE, las libertades que se reconocen en dicho

artículo, tanto la libertad del derecho de expresión 1.º a) y, la libertad al derecho de información 1.º d), no pueden rebasar estos confines legales, lo que implica:

1.º En el derecho reconocido en el artículo 20.1.a), esto es, el derecho a la libertad de expresión, es evidente el mismo deberá ejercitarse con la debida asepsia en las palabras o en los módulos de expresión utilizados, esto es, sin que en caso alguno se contengan alusiones que puedan ser injuriosas o vejatorias para nadie; o en palabras recogidas por el propio Tribunal Constitucional, la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y de creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de las libertades de expresión afecta al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el artículo 16.1; en este sentido los pensamiento, ideas, opiniones o juicios de valor a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia de su obligación, y por tanto respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de la veracidad.

2.º Por lo que respecta a la libertad de información, el propio Tribunal hace constar que, en cuanto a la comunicación informativa de hechos que sean noticia, que no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no significa, no obstante, que quede exenta de toda protección de información errónea o no probada, pues el requisito constitucional de veracidad significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias; o bien, en los términos que se recogen en la STC de 11 de septiembre de 1995, la veracidad de la información no ha de confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertida de los hechos, sino en una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo.

Alcance del derecho-deber de veracidad en la actuación del periodista: «veracidad verosímil».—La Sala que juzga, finalmente, ha de exponer un dictado doctrinal que, en casos como el enjuiciado, sirve para templar aún más, el controvertido derecho/deber de veracidad que envuelve toda la actuación del periodista en la divulgación o información de hechos como el relatado, en la idea de que se admite, como lugar común en toda la profusa jurisprudencia citada que, ese deber de veracidad en lo publicado, no puede conducir al respeto puntual y absoluto del contenido de esa verdad pura, sin tapujos o inexactitud alguna, sino, que ha de tratarse del cumplimiento de una veracidad razonable o acorde con el despliegue por el profesional de una diligencia atinente a lo publicado y, asimismo, ha de subrayarse que, esa verdad razonable, tiene que ser suficiente cuando por los hechos litigiosos lo publicado, en principio, cumple con la denominada «veracidad verosímil» (según el *DRAE*, «creíble por su apariencia de verdad»), este es, que, del conjunto de la relación o información de los hechos, exista de antemano, una aceptación de que es cierto lo publicado, porque, concurren estos dos supuestos:

1.º Que ante la trascendencia o notoriedad del acontecimiento —caso/comoción Roldán— que concita todos los resortes de la vida comunitaria, cual-

quier circunstancia relativa al mismo, es o denota un notorio interés para la sociedad en general, por aquel acontecimiento y, ello sin duda –sería ocioso insistir en su evidencia– aconteció en el llamado «asunto Roldán» con un sinfín de profusión mediática –procesos civiles y penales y sentencias de los Tribunales del país–. Todo, pues, lo a ello concerniente, integra una noticia periodística indiscutible.

2.º Que, cuando –como se ha constatado– existan tales conexiones entre el actor y la referida «personalidad» de Roldán –reproducir nexos tales como los descritos: desempeño de cargos importantes en empresas adjudicatarias de obras por la Guardia Civil bajo la dirección de Roldán, administrador único de su empresa familiar, recibía dineros por ampliaciones y crecimiento prodigioso de esas empresas, se le relaciona con cuentas corrientes en Suiza junto con Roldán, aparte de otros–, no cabe sino admitir que, aquella exigencia de veracidad razonable, queda cumplida cuando la noticia en cuestión, precisa y cabalmente, se refiere a circunstancias en las que converge aquel acontecimiento.

3.º Y, en especial, lo que resulta más significativo en la tesis que se sustenta es, que no es posible ante sucesos en los que coinciden esos dos presupuestos –su trascendencia general en la comunidad (bien superfluo resultaría demostrar que pocos escándalos como el envolvente del litigio del «caso Roldán», conmocionaron tanto a toda la sociedad española) y relación del interesado o afectado que postula la defensa de su honor con aquel suceso– no es de recibo observar a toda costa por el informador la prescripción de veracidad no ya la absoluta, sino ni siquiera total, por cuanto, aparte de la diligencia al uso en la cobertura informativa de lo publicado, ante la notoriedad de cualquier noticia relativa a aquel suceso y, el interés por su conocimiento ha de doblegarse aquella exhaustiva veracidad, o, cuando menos, explicar que en «algún o algunos de los relatos o puntos “noticiados” no acontezca la puntual exactitud de los datos o hechos referidos». Esto, sin más, es lo que se denomina la «veracidad verosímil», o aceptación de antemano, por el destinatario de la noticia, de que lo relatado es, puede ser, generalmente acaecible o verdadero. (STS de 12 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–El diario *El Mundo* en entrevista realizada a don E. H. afirmó que don J. E. era «testaferro» de don L. R. (conocido protagonista del caso de su mismo nombre), implicándole en el cobro de determinados talones bancarios en concepto de «comisiones» por obras adjudicadas a la *Sociedad Sierra Comendador, S. A.* por el Sr. R. Don E. H. realiza asimismo variadas imputaciones de conductas cuando menos «irregulares» para afirmar finalmente que «E. es el sinvergüenza número 1, con L. R. Don J. E. interpone demanda de protección de su derecho al honor contra el periódico, empresa editora, director y entrevistador. El Juzgado de Primera Instancia accede parcialmente a lo pedido al estimar que la frase reseñada ha producido graves daños morales a don J. E. por los que debe ser indemnizado en cuantía a fijar en el trámite de ejecución de sentencia. Apelan el actor y don E. H. adhiriéndose como apelado el Ministerio Fiscal. La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso del demandante en la instancia y estima el del entrevistado y el del Ministerio Fiscal revocando parcialmente la sentencia ape-

lada y desestimando íntegramente la demanda interpuesta por don J. E. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación que don J. E. interpuso. (R. G. S.)

8. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información: crítica del ejercicio de funciones públicas municipales.—La jurisprudencia de esta Sala de casación civil, en los conflictos que surgen por el ejercicio de los derechos constitucionales de libertad de expresión e información (art. 20) y la protección al honor de las personas, tiene declarado que la infracción ha de estar suficientemente justificada al integrarse con comunicados de relevancia pública e interés general y la delimitación de la colisión de ambos derechos ha de hacerse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos (SS de 25 de octubre de 1999 y 20 de noviembre de 1999).

Aquí sucede y en razón a lo que se deja expuesto que ha de estarse a la prevalencia de la información, toda vez que lo difundido tenía relación con la actuación profesional del recurrente, aunque no fuese el verdadero protagonista de las noticias, sino más bien el Alcalde y las referencias que se hacen al mismo lo son en forma tangencial, carentes de intensidad suficiente para ser consideradas como efectivos ataques a su honor, pues lo llevado a cabo fue crítica de la política municipal y esto indudablemente resultaba de interés para los vecinos del municipio, por lo que, en definitiva, se trata de asunto de relevancia público-comunitaria. En este sentido la jurisprudencia civil tiene declarado que el derecho al honor se debilita, o más propiamente ha de entenderse que no alcanza protección, cuando se informa de actividades relacionadas con el cargo público que desempeña el que se considera ofendido y las comunicaciones son de interés general y contribuyen al pluralismo político, pues el ejercicio de una actividad pública lleva consigo la servidumbre de estar sometido al control ciudadano de sus acciones u omisiones (SS de 18 y 24 de mayo de 1990, 2 de diciembre de 1993 y 14 de junio de 1996) lo que es aplicable a los funcionarios municipales.

En el caso de autos, valorando en su conjunto las comunicaciones que se califican de difamatorias, no se presentan como tales por predominar la intensidad crítica que ponen de manifiesto (SS de 26 de febrero de 1992, 29 de febrero, 26 de septiembre y 28 de octubre de 1996).

Veracidad esencial de la información.—Lo que se deja estudiado para rechazar el anterior motivo vale para decretar la improcedencia del presente, pues ha de tenerse en cuenta que resultan ciertos los hechos básicos, es decir, haber cometido el recurrente irregularidades importantes y decisivas en la redacción de las actas municipales y su implicación en la concesión de licencias municipales de edificación. Como dice la S de esta Sala de 26 de abril de 2001, la veracidad de la información no es preciso que sea necesariamente absoluta y sí es preciso que sea veraz en lo esencial, aunque contenga inexactitudes, recogándose la tesis de la jurisprudencia norteamericana en el caso *New York v. Sullivan*. La referida sentencia cita la de 4 de enero de 1990 y 29 de marzo de 2001 y las del TC, número 171 y 172/90, de 12 de noviembre de 1990. (STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El secretario accidental del Ayuntamiento de Porto do Son llega al TS ante la desestimación de su demanda de protección al honor por el Juzgado de Primera Instancia y posterior confirmación de la sentencia del Juzgado por la Audiencia Provincial. El agravio del que parte el conflicto presenta una doble vertiente: de una parte, la carta que un concejal dirige a los vecinos del pueblo exponiendo que el Secretario accidental cometió en el desempeño de su función irregularidades en la confección de las actas del pleno municipal al omitir extremos fundamentales; de otra, el comunicado de prensa recogido en el diario *La Voz de Galicia* y emitido por otro concejal que venía a coincidir en sus aspectos fundamentales con la carta dirigida a los vecinos. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

9. Derechos de la personalidad: información periodística parcialmente no veraz: reportaje elaborado y asumido por el periódico.—La noticia indudablemente resultaba de interés público al tratarse una operación policial antiterrorista, pero su literalidad la convierte en noticia veraz sólo parcial; no se trata de inveracidad en lo accesorio, ni tampoco de inexactitudes parciales que no afectan al fondo, sino de inveracidad en lo esencial, pues tal consideración merece publicar la noticia de la detención policial en redada antiterrorista contra ETA, y no sólo haciendo público el nombre de la persona, sino aportando datos de sus actividades como presidente de un Grupo Ecologista conocido, por lo que se produjo de este modo una identidad plena, con el efecto de poder acceder a ella tanto los lectores del periódico como los interesados en conocerla. El requisito constitucional de la veracidad informativa no supone que la noticia tenga que ser un calco de la realidad de los acontecimientos (verdad material u objetiva), pues en este caso no se trata de un reportaje neutral sino de un reportaje elaborado y asumido por el propio periódico. El deber de búsqueda de la verdad de la noticia difundida impone su necesario contraste, que aquí resultaba posible y no se llevó a cabo, y su ausencia no lo puede justificar ni el apresuramiento ni la proximidad de la hora del cierre de la edición cuando se redactó, ni tampoco que la actuación de la Guardia Civil se hubiera realizado en las proximidades del domicilio del recurrente. En estos casos, como dice la STC de 30 junio 1998, el deber de diligencia profesional no justifica atenuación o flexibilización alguna, pues debe ser seguido con todo rigor; así en este caso se elaboró y dio a conocer información inexacta, intensificado con referencia al ataque a su dignidad y honor al alinearlos con presuntos terroristas, cuando no se probó tuviera relación alguna que pudiera propiciar error con algún fundamento, incrementándose el ataque cuando se dice que fue detenido y que su vehículo fue explotado por la Guardia Civil, nada de lo cual ocurrió. Por ello no ha concurrido seriedad, diligencia ni profesionalidad en la búsqueda de lo que en realidad había pasado, sino más bien ligereza e irresponsabilidad, con el resultado de un ataque a su honor, decisivo y grave, sin haber dado motivo alguno, próximo o remoto para ello. La STS de 4 de julio de 1991 declaró que la atribución sin más de la condición de etarra comporta una intromisión grave en el honor de la persona afectada.

Alcance de la rectificación de la noticia al día siguiente.—La necesaria diligencia profesional exigible ha de medirse en proporción a la trascendencia de la noticia, por lo que el actuar periodístico debió ser lo más cuidadoso y

diligente, y no lo justifica suficientemente la búsqueda tardía de la veracidad de la información, con la rectificación operada, que en este caso resulta insuficiente, ya que no se puede establecer regla matemática de todos los lectores de la noticia inveraz fueran los que leyeran la rectificación y quedaría así aquella en un círculo cerrado; tampoco se puede negar su repercusión exterior, y calado en las gentes, con relevante erosión en el concepto que los demás pueden tener de uno, al instaurarse las inevitables dudas, incertidumbres y sospechas, que siempre quedan y resulta difícil anular por completo.

Quantum indemnizatorio.—No procede modificar el fijado por el Juzgado de Primera Instancia que redujo a la mitad el solicitado en la demanda, por ser ponderado, arreglado a la lógica y buen criterio, debiendo tenerse en cuenta, a estos efectos, la rectificación de la noticia al día siguiente por el periódico. (STS de 5 de julio de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

10. Requisitos de las sentencias civiles: derecho transitorio: inexistencia de hechos probados en LEC 1881: nuevo artículo 209 LEC 2000.—La exigencia de hechos probados derivada del artículo 248.3 LOPJ y 120.3 CE no encontraba aplicación en el campo civil durante la vigencia de la LEC de 1881 aplicable a la sentencia recurrida, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 209 de la LEC 2000 que exige que *en los antecedentes de hecho se consignen con claridad y concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que los funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubieran propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso.* Esta exigencia se debió a la aceptación proclamatoria de una enmienda en el Congreso del Grupo Popular y CIU, por considerar la conveniencia de un apartado de hechos probados que supere la incertidumbre de la legislación anterior. Por lo demás, en el presente caso se ha cumplido dicho requisito.

Incongruencia.—Las sentencias absolutorias, como lo son las de instancia en este caso, no pueden ser tachadas de incongruentes. Porque resuelven todas las cuestiones planteadas en el pleito. La valoración conjunta de la prueba nada tiene que ver con la incongruencia. Si la responsabilidad solicitada de la editora y director del periódico dependía de la ilicitud del acto imputado no resulta incongruente la sentencia desestimatoria de apelación.

No hay ataque al honor cuando los hechos son públicos: los hechos descritos en la carta remitida al periódico son totalmente ajenos al ámbito de la privacidad, y, además veraces: inexistencia de ataque al honor.—La carta remitida a un periódico local, por una menor de edad, que fue Reina de la Falla de 1993 relata hechos ajenos totalmente al ámbito de la privacidad, se han producido en público, en el ámbito de la actividad fallera de tanta trascendencia popular y social en la zona levantina y, en especial, en la localidad de B.; los hechos ocurren en público y los protagonistas son todos personajes públicos en el mundo fallero. Además, los hechos son reales, verdaderos, no alegados por una mente fantasiosa y aparecen acreditados en su existencia por la prueba de autos.

Colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor.—Las expresiones vertidas dentro de un contexto de libertad de expresión, de personas públicas y en actividades públicas y con trascendencia popular no pueden motejarse de atentatorias al honor. La protección civil de este último se delimita por las leyes y los usos sociales, y aquí han sido actuaciones referentes

en el ámbito público y no ha existido divulgación de hechos concernientes a una persona y desmerecedores en el concepto público, porque no pueden desligarse de las coordenadas de tiempo y de lugar y de la publicidad de lo acaecido. El TC ha declarado que cuando se produzca una colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, aquélla goza de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de modo que el contenido fundamental de este derecho no resulte desnaturalizado o relativizado, debiendo prevalecer siempre que la información sea veraz, excluyendo las invenciones, rumores o meras insidias.

Responsabilidad solidaria del Director y de la propiedad del medio periodístico.—En el motivo se ignora o pretende ignorar que la reponsabilidad solidaria del Director y de la propiedad del medio periodístico se encuentra determinada y condicionada por la existencia de un hecho ilícito civil, a cuya difusión hubiera colaborado; pero en este caso se declara por todos, —Fiscal, Juzgado, Audiencia y esta Sala—, la falta de ilicitud del hecho en la carta remitida por la menor con ocasión de las fiestas falleras. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar porque el documento-base estaba constituido por una carta que la Reina de las Fallas de 1993 dirige a un periódico local quejándose del trato recibido durante su reinado y del protagonismo que el Presidente de la Falla seguía otorgando a la Fallera del año anterior, todo lo cual quedó probado en juicio y sirvió para que en ambas instancias se desestimara una demanda por ataque al honor presentado por aquél.

Mayor alcance general posee, a mi juicio, la doctrina sentada a propósito de la declaración de hechos probados en las sentencias civiles, con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC 2000. La escueta declaración del artículo 120.3 CE, las sentencias serán siempre motivadas no parece dejar resquicio a duda alguna sobre su aplicación general a toda clase de resoluciones judiciales que ponen término a un proceso. Han sido reiteradas las declaraciones del TC a propósito del error patente, que se describe como *indebida aplicación de los datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada* (STC de 1 de junio de 1998), mientras que la STC de 31 de mayo de 1999 lo aplica a un *dato fáctico indebidamente declarado como cierto*. La Sala 1.ª del TS con carácter general había ya declarado que la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que los fundamentan; en particular *los aspectos fácticos que sirven de base a los fundamentos jurídicos de la decisión* (SSTS de 10 de abril de 1984, 17 de octubre de 1990, 7 de marzo de 1992 y 20 de octubre de 1995). En un caso-límite se declara de oficio la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial al no ser posible conocer si la misma ha incurrido o no en los defectos que denuncia el recurso, con la siguiente argumentación: *La exigencia de motivación de toda sentencia no sólo es tema de orden público (en cuanto exigencia expresa de los arts. 248.3 LOPJ y 372-3.º LEC) sino que incluso tiene rango constitucional, en cuanto el artículo 120.3 CE ordena expresamente que las sentencias serán siempre motivadas, cuyo*

incumplimiento supone también conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Me parece que después de 1978 no cabía *incertidumbre* sobre este extremo en materia civil. (G. G. C.)

11. Derecho al honor: doctrina del «reportaje neutral».—Según la jurisprudencia del TC (STC 232/1993, de 12 de julio) y del TS (SSTS de 16 de diciembre de 1996, 20 y 24 de enero de 1997 y 26 de julio de 2000), el llamado «reportaje neutral», es aquel que parte de una información veraz, esto es: aquella que ha sido comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa. Afirma el TS que la publicación de un reportaje cuyo contenido reproduce el que ha sido suministrado por una agencia informativa, sin adición de juicios de valor sobre los implicados ni alusión a otro tipo de elementos peyorativos, no se puede considerar que vulnera el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Así pues, la divulgación de un conjunto de datos obtenido de una fuente objetiva, como se presupone es la suministrada por una agencia informativa, sin juicio de valor añadido impide imputar responsabilidad a los autores de este tipo de reportajes y a los respectivos grupos editoriales. (STS de 1 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. D. J. G. C. demanda a doña M.^a C. R. D. y a la entidad *Grupo Editorial Federico Doménech, S. A.* en juicio declarativo de menor cuantía sobre derecho al honor, intimidad y propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso de casación e impone al recurrente las costas. (S. E. M.)

12. Doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de las personas jurídicas.—La posibilidad de prescindir de la personalidad jurídica de una sociedad no debe plantearse como regla general sino solamente en determinadas situaciones que han sido enumeradas por la jurisprudencia (SSTS de 25 de diciembre de 1988, 2 de abril de 1990 y 18 de junio de 1991). Entre aquellos casos en que se ha entendido justificada y necesaria la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico, se encuentran la utilización de la personalidad jurídica de la sociedad para cometer fraude de ley, o un perjuicio a los derechos de terceros. Del mismo modo es pertinente la aplicación de esta doctrina en aquellos casos en que se utiliza la idea del ente social como algo distinto de las personas físicas que lo constituyen para realizar actos torticeros. (STS de 24 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una vez embargados determinados bienes muebles por parte de la *Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social*, los cuales habían sido transmitidos a la mercantil actora por parte de la sociedad codemandada, aquella interpuso tercería de dominio contra ésta y contra la *Tesorería General de la Seguridad Social*. Se alegaba por la actora un proceso de ampliación de capital en el que la ejecutada había suscrito una serie de acciones nominativas. En primera instancia se desestima la tercería; y la Audiencia

Provincial desestima asimismo el recurso de apelación presentado por la mercantil actora. Ésta interpone recurso de casación que es igualmente desestimado en su integridad. El TS afirma que la sociedad demandante y la demandada son la misma, dada precisamente la ampliación de capital apuntada y el hecho de que ambas tengan el mismo objeto social e idénticos representantes. (*J. D. S. C.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Error en el objeto.—Ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala (SS de 9 de abril de 1980, 4 de enero y 27 de mayo de 1982 y 14 de febrero de 1994, entre otras) respecto a que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo 1.º del artículo 1266 del CC que se cita como infringido, será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: *a)* ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste; y *b)* que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (SS de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994).

Enriquecimiento injusto.—La cuestión relativa al enriquecimiento injusto constituye una cuestión nueva en el presente proceso. De todos modos, ha de aludirse a la doctrina según la cual cuando la pérdida patrimonial que un sujeto haya sufrido se hubiera producido como consecuencia de la celebración de un contrato válido, no puede ser invocada la existencia de un enriquecimiento injusto para la otra parte pues lejos de haberse obtenido una atribución sin justa causa, es evidente que la misma se operó en adecuada correspondencia a las relaciones vinculantes establecidas entre las partes y guardando conformidad con el Derecho objetivo (SS de 1 de abril de 1980, 20 de febrero de 1981 y 19 de diciembre de 1996, entre otras). (**STS de 12 de julio de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Wallis, S. A.*, adjudicataria de una finca subastada en un procedimiento de ejecución hipotecaria, interpuso demanda en la que solicitó la declaración de nulidad de la subasta y la compraventa judicial otorgada a su favor. Esa empresa adujo que había incurrido en error al haber prestado atención a un dictamen pericial que describía y valoraba la finca como edificada cuando en realidad no lo era. El Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona dictó sentencia el 25 de abril de 1995 en la que estimó la demanda. Los demandados recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, dictó sentencia el 14 de diciembre de 1996 en la que estimó el recurso, entre otros motivos,

por haber desatendido la empresa demandante la descripción de la finca expresada en los edictos que anunciaron la subasta, la propia escritura de adjudicación y los asientos del Registro de la Propiedad. Según el tribunal, esa empresa tenía el deber de realizar una comprobación más exhaustiva de las características de la finca subastada, habida cuenta de su habitual participación en ese tipo de subastas. La empresa *Wallis, S. A.*, recurrió en casación. El TS declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

14. Intimidación.—La doctrina de esta Sala viene significando en orden a que la intimidación definida en el apartado dos del artículo 1267 CC, «pueda provocar los efectos previstos en el 1265 del mismo Cuerpo legal y conseguir la invalidación de lo convenido, que es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir que consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado y no en un temor leve y que, entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo eficiente de causalidad» (SS de 27 de febrero de 1964, 15 de diciembre de 1966, 22 de abril de 1991, entre otras). Por consiguiente «se exige fundamentalmente la existencia de amenaza de un mal inminente y grave que influya sobre el ánimo de una persona induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses» (SS de 15 de diciembre de 1966, 21 de marzo de 1970, 26 de noviembre de 1985 y 7 de febrero de 1995); esto es, «un contrato impuesto por la concurrencia de un forzado consentimiento, viciado por coacción moral intimidatoria grave, expresada por las presiones circunstanciales y situación de las partes interesadas» (S de 5 de octubre de 1995).

En el caso no nos encontramos ante un mero apremio de una situación determinada, que no debe confundirse con los actos coactivos (S de 16 de julio de 1991), sino que se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia (S de 5 de abril de 1993) a saber: amenaza injusta o ilícita, temor racional y fundado, mal inminente y grave y nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado. Dejando a un lado las numerosas incidencias que se produjeron antes del pleito (expediente de jurisdicción voluntaria de depósito de mercancía, embargo preventivo, querrela penal, etc.), resulta claro que la firma del documento fue condición inexcusable para que pudiese tener lugar la descarga de la mercancía, cuya falta de entrega causaba a la empresa *Agrox, S. A.*, perjuicios considerables de diversa índole (especialmente en relación con los suministros contratados con los clientes), sin que existiera un medio jurídico idóneo para poder obtener tal entrega, pues el buque abandonó las aguas jurisdiccionales españolas por lo que no podía ser objeto de un apremio, en tanto que pretendió hacer valer un derecho de prenda sobre la mercancía sin base jurídica sustantiva, como ya se ha razonado, ni formal, lo que es más grave, porque al no hallarse el barco en el puerto de Valencia en ningún caso podría prosperar la solicitud efectuada en expediente de jurisdicción voluntaria, lo que incluso excluye la hipótesis de obrar en la «creencia» de

ejercicio de un derecho. Se da por lo tanto el matiz antijurídico, aparte la amenaza del mal y el nexa causal. (STS de 4 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Compañía Navegação Lloyd Brasileiro* concluyó un contrato de fletamento del buque *Río Grande* con la armadora *Can American Line INC*, mediante una póliza de *time charter*. Haciendo uso de una posibilidad prevista expresamente en la póliza, la fletadora *Can American Line INC* subfletó el buque a favor de *Cedra B.V.*, y se obligó a ponerlo a disposición de ésta a cambio de un precio, con el fin de transportar cemento desde el puerto de Split (Croacia) hasta Valencia. En el subflete *CCedra B.V.* actuaba como vendedora-cargadora y los conocimientos de embarque se emitieron a la orden de la empresa *Agrox, S. A.* Aunque el buque *Río Grande* entró en el puerto de Valencia el día 11 de septiembre de 1992, posteriormente el día 15 levó anclas, se situó en aguas internacionales e instó el depósito y la subasta del cemento transportado para el pago del flete. El capitán mantuvo su negativa a atracar en ese puerto hasta que la empresa *Agrox, S. A.*, firmó un documento el día 25 en el que la misma asumía la obligación de pagar los gastos de escala del buque producidos y, a su vez, se comprometía a no exigir responsabilidad alguna a la armadora disponente del buque *Can American Line INC*, ni a *Cedra B.V.* Sólo a partir de entonces se empezó a descargar la mercancía transportada. La empresa *Agrox, S. A.*, interpuso demanda judicial contra la *Compañía Navegação Lloyd Brasileiro*, naviera-propietaria del buque *Río Grande*, en la que solicitó la declaración de nulidad del compromiso suscrito el día 25 por haber sido suscrito bajo intimidación y dolo, la mora en el cumplimiento del contrato, el reintegro de la cantidad pagada por el transporte e indemnización de los daños y perjuicios producidos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia dictó sentencia el 9 de marzo de 1994, en la que estimó la demanda y, asimismo, desestimó la reconvencción interpuesta por la demandada con la que reclamaba el pago de los daños y perjuicios por «el embargo del buque en Valencia». La *Compañía Navegação Lloyd Brasileiro* recurrió en apelación, por considerar que la demandada la había engañado con la firma del compromiso del día 25 al haber obtenido la mercancía sin pagar el flete, y aduciendo que «una sociedad anónima como *Agrox, S. A.*, que se dedica al comercio internacional y que está asesorada por abogados no puede considerarse intimidada por el ejercicio del derecho de prenda legal para el cobro del flete adeudado a la naviera», entre otros razonamientos. La Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, dictó sentencia el 30 de enero de 1997, en la que desestimó el recurso. Además, ese tribunal declaró como probado que la empresa *Agrox, S. A.*, pagó la mercancía y el flete a la vendedora-cargadora *Cedra B.V.*, y que ésta a su vez abonó el flete a la empresa *Can American Line INC*. La *Compañía Navegação Lloyd Brasileiro* recurrió en casación, pero el TS declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

15. Concepto de negocio fiduciario.—El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado (SS, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la S de 5 de marzo de 2001, «el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista». Este planteamiento no supone infracción del artículo 1255 del CC, ya que la sentencia no niega, en ningún momento, la facultad de llevar a cabo negocios fiduciarios, lo que sí daría lugar a la invocada infracción, sino que lo que viene a negar es la existencia, respecto de ambos contratos, de un pacto de fiducia.

La prueba en el contrato simulado.—En cuanto al carácter simulado de las compraventas celebradas entre el actor, como vendedor, y el demandado, como comprador, y que se pretende probar mediante la prueba indirecta de las presunciones, ha de tenerse en cuenta que, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, la prueba de presunción tiene carácter subsidiario y sólo cabe acudir a ella cuando falta prueba directa sobre los hechos litigiosos. La sentencia recurrida, en su quinto Fundamento de Derecho, declara probado que se han pagado cinco millones cien mil pesetas como resto pendiente de las «propiedades» que el actor vendió al demandado, ello a través de la prueba directa a que expresamente se refiere; resulta así acreditada la existencia de causa de las compraventas impugnadas, por lo que no cabe acudir a la prueba indirecta de la presunciones para acreditar el carácter simulado de aquellos contratos. (STS de 7 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don V. Y. V. y M. L. R. N. compraron en 1979 y en 1981 diversas fincas. Posteriormente, don M. Y. V. interpuso demanda contra don V. Y. V. y M. L. R. N., y solicitó la declaración de nulidad de las compraventas realizadas a favor de los demandados por existir en ellas un pacto de fiducia que le atribuía a él la propiedad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, ya que entendió que no existía pacto fiduciario alguno en los contratos de compraventa. El TS desestima el recurso de casación. (R. T. B.)

16. El negocio fiduciario y la simulación relativa.—El negocio fiduciario contiene dos negocios: por un lado, uno que transmite la propiedad, y, por el otro lado, un negocio obligacional, que atribuye una finalidad específica. En la simulación relativa también existen dos negocios: el simulado y el contrato que se disimula. Sin embargo, en la fiducia ambos contratos son válidos porque cumplen los requisitos esenciales para su validez, mientras en la simulación, el contrato simulado siempre es ineficaz mientras el disimulado puede ser válido si la causa es lícita (art. 1276 CC). Tanto en la fiducia como en la simulación relativa, si el Tribunal aprecia su existencia es porque

se entiende que concurre la causa y se aprecia la existencia de un contrato válido.

Carácter subsidiario de la acción revocatoria.—El artículo 1291.3.º CC dispone que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de los acreedores cuando estos no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba. Sin embargo, como tiene declarado esta Sala, entre otras sentencias, en las de 15 y 17 de febrero de 1986, 16 de febrero y 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989 y 7 de noviembre de 1992, no es necesario que la enajenación de los bienes que produce la insolvencia del deudor tenga lugar después de que el acreedor haya promovido el procedimiento correspondiente contra este deudor, sino que puede ser anterior al inicio del proceso. Además, como declara la STS de 31 de diciembre de 1998, no es necesario que la insolvencia sea absoluta, sino que es suficiente con una notable disminución del patrimonio. En el caso examinado por esta Sala, la venta de las fincas produce una disminución del patrimonio que dificulta el cobro del crédito si no se revocan los negocios jurídicos que han producido estas enajenaciones. (STS de 23 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. C. C, don J. J. B. y su hermana doña J. J. B. celebraron un contrato de arrendamiento financiero con la empresa *Lico Leasing S. A.*, en 1989. En 1991, don J. C. C. y doña J. J. B. vendieron a don E. C. C. (hermano de don J.) y a su esposa (doña M. D. O. C.) una finca de su propiedad, aunque no elevaron el contrato a escritura pública hasta 1992. Don J., don J. y doña J. entran, poco después, en una crisis financiera que provocó el impago de una determinada cantidad de dinero a *Lico Leasing*. En 1992, una vez inmersos en esta crisis, don J. J. B. y su hermana venden a la esposa del primero, doña M. C. T. P., dos fincas de su propiedad. *Lico Leasing S. A.* demanda a don J. C. C., don J. J. B., doña J. J. B., don E. C. C., doña M. D. O. C. y doña C. T. P. *Lico Leasing S. A.*, solicitó que se declarase que don J., don J. y doña J. le adeudaban una determinada suma de dinero, que se declarase la nulidad por simulación de los contratos de compraventa citados y que, subsidiariamente, estos se declarasen revocados por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta resolución fue recurrida por la actora ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó en parte el recurso y declaró que las transmisiones entre don J., doña J. y doña C. eran compraventas simuladas que encubrían un negocio fiduciario gratuito, que tenía como finalidad defraudar los intereses de sus acreedores. Este tribunal consideró que, dado que el contrato entre don J., doña J., don E. y su esposa se había celebrado con anterioridad a la crisis financiera no tenía esta finalidad defraudadora. Los demandados interpusieron recurso de casación contra la sentencia de apelación, porque consideraban que el negocio celebrado tenía causa y no había existido intención de defraudar. El TS declara que no ha lugar.

NOTA.—Son frecuentes los casos que se plantean ante el TS respecto la distinción entre negocio fiduciario y simulación, sobre todo porque, normalmente, «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia» [STS de 22 de febrero de 1995 (RJ 1995\1700)], de modo que normalmente el negocio fiduciario

aparece simulado bajo otro contrato, como parece que sucede en este caso. El TS se ha manifestado repetidamente sobre el concepto de negocio fiduciario y simulación, distinguiendo ambas figuras. Esta sentencia es una manifestación de esta línea seguida por el Tribunal con anterioridad [véanse las recientes SSTs de 8 de febrero de 2002 (RJ 2002\2239) y de 7 de junio de 2002 (RJ 2002\4875)]. Esta línea también ha sido defendida con posterioridad. Por ejemplo, la STS de 13 de febrero de 2003 (RJ 2003\1346) declara que mientras en la simulación hay un negocio ficticio, no real, el negocio fiduciario es un negocio querido por las partes. Sin embargo, también existe alguna sentencia que asemeja simulación relativa y negocio fiduciario [véase, por ejemplo, la STS de 15 de junio de 1999 (RJ 1999\4474)].

A pesar que esta sentencia manifiesta la línea jurisprudencial seguida, con vacilaciones, respecto a la distinción entre negocio fiduciario y simulación, se le puede criticar que, en realidad, en este caso no existe una simulación relativa, sino una simulación absoluta, debido a la falta de pago del precio y a que no esconde ningún contrato con causa lícita y verdadera (véase Carmen Bayod López, «Comentario a la Sentencia de 23 de septiembre de 2002», en *CCJC*, núm. 61, pp. 139 s.). (M. V. V.)

17. Nulidad del contrato.—Si la acción de nulidad contractual ejercitada en la demanda hubiese sido la de nulidad relativa o anulabilidad, podría cuestionarse la carencia de legitimación de los demandantes para ejercitar la acción de impugnabilidad contractual por su condición de terceros. Pero como se trata de una acción fundada en causas de inexistencia, o de nulidad radical, cabe la legitimación cuando se invoque un interés que justifique la pretensión de invalidez (art. 1302 CC). Así se viene manifestando la doctrina de esta Sala en numerosas sentencias (SS de 14 de diciembre de 1993, 19 de mayo de 1998, 8 de junio de 1999, 8 de abril de 2000, 23 de junio de 2001) que, resumiendo todas ellas, dice que «se reconoce por constante y uniforme doctrina de esta Sala (SS de 12 de octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 11 de enero de 1922, 12 de abril de 1955, 31 de mayo de 1970, entre otras) la legitimación de un tercero para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de dicho contrato (por carencia de algunos de los requisitos esenciales que determina el art. 1261 CC) o la de nulidad radical o de pleno derecho del mismo (por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención —art. 6.3 CC—) siempre que dicho tercero tenga un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el referido contrato, y es evidente que la falta del expresado interés priva al tercero de legitimación para el ejercicio de las aludidas acciones».

Disponibilidad del objeto. Concesión administrativa de la explotación de minas.—La *causa petendi* queda reducida a la hipotética nulidad por indisponibilidad del objeto (art. 1257 CC) con base en que la facultad de aprovechamiento de las pizarras pertenecía a los demandantes. El artículo 2.1 de la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, establece que todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma o condiciones que se establecen en la misma y

demás disposiciones vigentes en cada caso. Esa misma Ley clasifica los yacimientos y recursos geológicos en tres Secciones –A, B y C–. El TS (Sala 3.ª) en reiterada jurisprudencia (SS de 7 de diciembre de 1988, 21 de enero y 15 de abril de 1991, 21 de octubre, 16 y 21 de diciembre de 1998, 30 de marzo de 1999, 4 de febrero de 2000, entre otras muchas) incluye la pizarra en la Sección C porque, en síntesis, necesita «algo más que un arranque, quebrantado y calibrado», y «su preparación para el mercado implica una verdadera industria». Por lo tanto, conforme a la Ley de 1973, el aprovechamiento de pizarra está sujeto a un régimen de concesión administrativa y no depende de la titularidad de la finca.

La DT 4.ª, apartado uno, de la Ley de 1973 establece que «los titulares de sustancias de la Sección A), «Rocas», del artículo 2 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 que vengán explotando recursos minerales clasificados en la Sección C por el artículo 3 de la presente Ley, dispondrán del plazo de dos años, desde su entrada en vigor, para solicitar la concesión de explotación minera en la forma que se establece en la Sección segunda del capítulo IV del título V, sin que se precise la presentación del informe técnico previsto en el párrafo 2.º del artículo 64». La disposición regula la consolidación de la explotación mediante la obtención de la concesión a favor de los sujetos que tienen derecho al aprovechamiento de los yacimientos como titulares de los derechos mineros (de naturaleza administrativa), pero no concreta cómo se debe acreditar tal cualidad. Aun así, cabe entender que la posesión en concepto de cesionario de la titularidad de esos yacimientos faculta el ejercicio del regulado en la Disposición Transitoria indicada, en tanto por la propiedad del terreno no se acredite la ausencia, nulidad o término de la cuestión en la explotación efectuada por parte del dueño del terreno en cualquiera de las formas acordes a derecho». Esta doctrina se ha reiterado en numerosas Sentencias de la Sala 3.ª (entre ellas, SS de 25 de marzo, 1 de junio y 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre, 4 y 12 de noviembre, 16 y 21 de diciembre de 1998 y 30 de marzo de 1999). (STS de 14 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.–El Conde de Peña Ramiro y los vecinos de los pueblos de Casayo y Lardeira concluyeron un acuerdo el 28 de septiembre de 1891 en virtud del cual el primero se obligó a ceder a los segundos el aprovechamiento de una finca, a cambio de que éstos la conservaran, pagaran una pensión anual y realizaran otras prestaciones. Constatada la existencia de importantes yacimientos de pizarra en la finca, la denominada «Comisión del pueblo de Casayo» cedió temporalmente a terceros los derechos procedentes del mencionado acuerdo a cambio de un precio, mediante distintos contratos de 18 de mayo, 9, 15, 16 y 20 de junio de 1973. Don F. y doña M. –sucesores del Conde de Peña Ramiro– interpusieron demanda judicial contra el alcalde del municipio de Casayo y los cesionarios, en la que solicitaron la nulidad de los contratos de cesión. El Juzgado de Primera Instancia de O Barco de Valdeorras dictó sentencia el 21 de marzo de 1995, en que se desestimó la demanda, entre otros motivos, por falta de legitimación activa. Los demandantes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Orense dictó sentencia el 27 de noviembre de 2000, en la que desestimó el recurso por no haberse extinguido aún –según la misma sentencia– un supuesto foro otorgado en el mencionado acuerdo de 28 de septiembre de 1891. Los

demandantes recurrieron en casación. El TS casa la sentencia recurrida por incongruencia, resuelve dentro de los términos en que aparece planteado el debate y admite la legitimación activa de don F. y doña M., pero desestima la demanda por considerar improcedente la nulidad de los contratos de cesión. Además del razonamiento ya expuesto en torno a la concesión administrativa de la explotación de las minas, la sentencia del TS señala que para realizar el juicio de nulidad de los contratos por indisponibilidad de su objeto —esto es, sobre si los cesionarios pudieron recibir o no los derechos cedidos— es necesario un proceso judicial previo en el que se determine el alcance de los derechos otorgados por el Conde de Peña Ramiro a los vecinos de los pueblos de Casayo y Lardeira mediante el acuerdo de 28 de septiembre de 1891. (*J. M. B. S.*)

18. Concepto de dación en pago.—Esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (SS de 19 de octubre de 1992, 26 de junio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 8 de febrero de 1996, entre otras).

Dación en pago sujeta a condición suspensiva.—El referido documento privado de 20 de junio de 1994 no contiene dación en pago, ya que en el mismo se hace constar bien expresamente que las tres máquinas entregadas eran incompletas, no funcionaban ni tenían valor alguno, por lo que debían de ser completadas y reparadas por la deudora antes de la fecha que se fija —15 de julio de 1944 (*sic*)—, y en ese momento era cuando se debía de hacer «una propuesta de pago conforme al valor que entonces tuvieran las mencionadas máquinas para cancelar o pagar la deuda». Resulta contundente la estipulación que contiene el documento referente a que ha de quedar bien entendido entre las partes «que mientras las máquinas no se reparen, y pongan en funcionamiento no se podrá llegar a trato alguno, ni se considera que la entrega de las máquinas en el estado en que ahora están se realiza para pago ni parcial ni total de la deuda». La sentencia establece como hecho probado que la reparación de las máquinas no se llevó a cabo por quien había asumido tal obligación, así como que no se había demostrado que la demandante no hubiera permitido su arreglo y puesta en marcha para su funcionamiento correcto. En atención a lo expuesto hay que concluir que el documento de referencia se presenta como un negocio que arbitra una posible solución de la deuda pendiente, tratándose más bien de una propuesta de dación en pago (dación proyectada) que no se llegó a perfeccionar.

Responsabilidad del administrador de la sociedad por la omisión de la obligación legal de depositar en el Registro las cuentas anuales de la entidad.—La sentencia recurrida establece como hecho probado —firme en casación— que el administrador demandado nunca presentó ni depositó las cuentas anuales de la entidad y correspondientes a los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 y 1995. De este modo incumplió con la obligación imperativa de formular las cuentas anuales a partir del cierre del ejercicio social y de su necesario e inexcusable depósito en el Registro. Se privó por tanto a la sociedad proveedora de poder conocer el estado económico de la demandada, dada

la publicidad registral que posibilita disponer de estos datos. (STS de 23 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Galipienzo S. L.* promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tudela contra *Angopiel, S. L.* y su administrador, don F. G. V. para que conjunta y solidariamente pagasen al actor la cantidad de ocho millones de pesetas en concepto de una compra de mercaderías. *Angopiel, S. L.* y don F. G. V. consideraron que la deuda estaba cancelada en virtud de una dación en pago suscrita en documento privado en fecha 20 de junio de 1994. El Juzgado de Primera Instancia de Tudela estimó en parte la demanda presentada por *Galipienzo, S. L.* Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia de Navarra revocó la sentencia de instancia y estimó íntegramente el recurso presentado por *Galipienzo, S. L.*, al considerar que el documento privado suscrito por ambas partes era sólo una propuesta de dación en pago que no llegó a perfeccionarse. Igualmente, declaró la responsabilidad solidaria del administrador de la sociedad, por cuanto que no presentó las cuentas anuales de la entidad y por tanto privó a la sociedad proveedora de poder conocer el estado económico de *Angopiel, S. L.* El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

19. Mora. Principio *in illiquidis non fit mora.*—La mora es la infracción de la obligación cometida por el deudor al retrasar el cumplimiento de la prestación debida, pero con posibilidad de cumplirla posteriormente. En esto se diferencia la mora de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación. Sin embargo, en sentido estricto, al no poderse fuera del término pactado cumplir la prestación, se habla por ello de que la mora implica una «imposibilidad parcial», y se parte siempre, para estimar que existe, de la subsistencia de la pretensión para cumplir lo debido. Por consiguiente, en los negocios a plazo fijo la posibilidad de cumplir después la prestación no es suficiente y se da imposibilidad jurídica de cumplirla. En el caso de autos, la mora del Banco recurrente se da desde el requerimiento al pago de lo debido a los demandantes, en virtud del crédito obtenido por las cesiones a su favor, una vez producidas las subrogaciones previstas.

El motivo no puede ser tenido en cuenta, pues el brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleva a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la doctrina jurisprudencial que introduce importantes matizaciones en su aplicación, las que en último término se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de la suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial (SS de 5 de abril de 1992, 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de

1994, 1 de diciembre de 1997, entre otras). (STS de 24 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 7 de octubre de 1991, la entidad *Banco Meridional, S. A.*, concedió un préstamo con garantía hipotecaria por una cantidad de 445.000.000 de pesetas a la empresa *Aredam, S. A.*, para la construcción de sesenta viviendas. Las partes convinieron en el contrato que la entrega del capital prestado se haría efectiva abonando al prestatario el 70 por 100 del importe de las certificaciones de obra en el momento de su presentación, hasta la cantidad de 292.600.000 pesetas, y que la prestamista abonaría el resto del capital —o sea, la suma de 152.400.000 pesetas— al producirse la subrogación en la hipoteca de los adquirentes de las viviendas. Con fecha 20 de mayo de 1992, la empresa *Aredam, S. A.*, cedió el derecho a cobrar las sucesivas entregas del importe del préstamo a la empresa *Incelaco, S. L.*, como forma de pago del precio estipulado en el contrato de obra que las mismas habían concluido para terminar la construcción de las viviendas. Posteriormente, *Incelaco, S. L.* —y como garantía adicional *Aredam, S. A. (sic)*— cedió a favor de las empresas *Porras Millán, S. L.*, *Fumaco, S. L.*, y *Jesús Herrero, S. A.*, el derecho a cobrar las sucesivas entregas del importe del préstamo que fueran realizadas por el *Banco Meridional, S. A.*, como consecuencia de la subrogación en la hipoteca de los adquirentes de las viviendas, hasta el importe de 8.152.385, 16.631.576 y 23.228.466 pesetas, respectivamente. Esa operación devino insuficiente para el cobro del importe de las cesiones, por lo que las cesionarias *Porras Millán, S. L.*, *Fumaco, S. L.*, y *Jesús Herrero, S. A.*, interpusieron demanda contra *Aredam, S. A.*, *Incelaco, S. L.*, y *Banco Meridional, S. A.*, en la que solicitaron que se las condenase solidariamente al pago de esas cantidades. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Málaga dictó sentencia el 31 de julio de 1995 en la que estimó parcialmente la demanda, condenó a *Aredam, S. A.*, y *Incelaco, S. L.*, a abonar las cantidades reclamadas y, en cambio, absolvió a la entidad *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.* —sustituta procesal de *Banco Meridional, S. A.*, por absorción— por falta de litisconsorcio pasivo necesario. A continuación las cesionarias recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, estimó el recurso interpuesto mediante sentencia recaída el 19 de febrero de 1997, y condenó a la entidad *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.*, a pagar a *Porras Millán, S. L.*, *Fumaco, S. L.*, y *Jesús Herrero, S. A.*, las cantidades adeudadas de 7.756.823, 15.824.586 y 22.101.398 pesetas, respectivamente, y los intereses legales devengados desde el momento en que se realizó su reclamación judicial. La Audiencia señaló que la ausencia de otros cesionarios en el proceso —invocada por la recurrente— no constituía un supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario, ni un quebrantamiento de las formas del proceso. La entidad *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.*, recurre en casación, entre otros motivos, por entender infringida la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del artículo 1100 del CC y del principio *in illiquidis non fit mora*. Según la recurrente, la Audiencia Provincial reduce las cantidades reclamadas en la demanda y, por consiguiente, esas

no devienen líquidas hasta el momento en que ese tribunal dicta sentencia en la que fija las cantidades a pagar efectivamente. El TS desestima el recurso. (J. M. B. S.)

20. Facultad resolutoria. Ejercicio extrajudicial.—Es doctrina reiterada del TS que la facultad resolutoria de los contratos puede realizarse en nuestro Ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte. Todo ello, sin perjuicio de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, determinando si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada. Para que pueda declararse judicialmente bien hecha la resolución extrajudicial de un contrato se requiere petición expresa de la parte legitimada para ello.

Recurso de casación. Ataque de la prueba de presunciones.—La supresión del antiguo motivo de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, ha conducido a que el único modo para atacar casacionalmente la prueba de presunciones en cuanto al hecho base de la presunción, sea alegar error de derecho en la valoración de la prueba, al amparo del artículo 1692.4 LEC 1881 y con cita de la norma valorativa de la prueba que se considere infringida.

El artículo 1249 CC no puede ser alegado en casación, al no contener el mismo norma alguna de valoración de la prueba.

Recurso de casación. Presumptio factu.—El juicio lógico del tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir según las reglas del criterio humano.

Contrato de compraventa. Prueba de la falta de precio.—Cuando se prueba que una parte importante del precio se pagó en el momento del otorgamiento de la escritura, la circunstancia de que no resulte probado el pago del resto confesado, no impide declarar la existencia de un precio real y cierto en la compraventa.

Sin embargo, si se trata de precio meramente confesado por el vendedor, no entregado en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, incumbe a quien alega la existencia y realidad del precio, la prueba de la misma.

Artículo 34 LH. Fe pública registral.—La fe pública registral despliega su eficacia protectora a favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrató confiado en lo que publica el Registro, aunque este sea inexacto y discordante con la realidad extrarregistral. La buena fe cabe entenderla como puro y simple desconocimiento de la inexactitud registral pero también como creencia de titularidad del transmitente (sentido positivo) e ignorancia de inexactitudes o vicios invalidatorios de esa titularidad (sentido negativo).

Artículo 34 LH. Presunción de buena fe.—La presunción *iuris tantum* de buena fe que en este ámbito proclama el artículo 34 LH ha de ser debidamente desvirtuada, con probanzas auténticas y fehacientes. La declaración de existencia o inexistencia de buena fe es una cuestión de hecho y, por tanto, de libre apreciación del juzgador de instancia, pero es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos, cuya valoración jurídica puede ser sometida a revisión casacional.

Artículo 34 LH. Exigencia de adquisición de un título válido.—El juego de la protección registral a favor del adquirente de buena fe sólo cabe dispensarla a favor de quien adquiere por un título válido. (STS de 28 de junio de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 28 de octubre de 1988 y el 23 de febrero de 1989, M. P. G. C. vende a *Solinca, S. L.*, por contratos privados dos fincas; en dichos contratos se establece una cláusula en la que se concede a la compradora la facultad de resolver el contrato en el término de un año a partir de la fecha del contrato en caso de que no llegara a ser aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación y adjudicadas las parcelas.

El 24 de junio de 1994 *Solinca* interpone demanda contra M. P. G. C. solicitando la elevación a escritura pública de los contratos de compraventa.

El 30 de septiembre de 1994 M. P. G. C. vende una de las parcelas anteriormente vendidas a *Solinca* a las entidades *Construcciones Verde Suárez, S. L.*, y *Cabral Ramos, S. L.* No consta la entrega de todo o parte del precio. Las entidades compradoras fundan el 11 de diciembre del mismo año la sociedad *Promoscuán, S. L.*, con la aportación de la finca comprada.

El 26 de octubre de 1994 M. P. G. C. vende la segunda de las parcelas anteriormente vendidas a *Solinca* a *Promociones Peña Suárez, S. L.*, constituida el día anterior. *Incolsa* presta sin intereses por tres años una parte del dinero necesario para el pago del precio a través de un cheque a favor de la vendedora.

El precio estipulado en los contratos de 1994 era menor del estipulado en los contratos de 1988 y 1989.

Solinca amplía la demanda a las tres entidades compradoras de los contratos de 1994.

El 22 de marzo de 1995, *Promociones Peña Suárez, S. L.*, transmite a *Fecsa* la parcela adquirida a M. P. G. C. a cambio de determinadas participaciones indivisas en un edificio de cuatro plantas a construir por *Fecsa* en cuatro años a partir de la obtención de la licencia municipal de obras.

Incolsa y *Fecsa* tienen el mismo domicilio social, el Administrador único de la primera es Presidente del Consejo de Administración de la segunda y ambas entidades se defienden en el pleito que da lugar a la sentencia reseñada por los mismos abogados. (B. F. G.)

21. Resolución de contrato de permuta.—En el contrato de permuta de cosa actual por cosa futura puede ejercitarse acción resolutoria por parte del contratante que ha cumplido con los deberes contractuales pactados en el contrato, siempre que la otra parte haya incumplido de manera grave y culpable los suyos. Transcurridos los plazos de ejecución establecidos en el acuerdo contractual sin haber comenzado ni siquiera a construir en el suelo cedido; y cumplida por parte del que ejercita la acción resolutoria la exigencia de requerimiento judicial o por acta notarial *ex* artículo 1504 CC (cuya aplicación permite expresamente el art. 1541 CC), por tratarse de bienes inmuebles, no cabe conceder nuevo término para el cumplimiento y procede la acción resolutoria.

En definitiva, se trata de que uno de los contratantes cumple con las obligaciones derivadas del acuerdo mientras que el incumplimiento de la otra parte frustra la propia finalidad del negocio, en este caso consistente en ceder unos terrenos a otro para que este construya, a cambio de que ulteriormente se entreguen determinadas viviendas, locales etcétera, al que cedió tales terrenos.

Cláusula penal moratoria en la permuta.—La aplicación de dicha cláusula no requiere a diferencia de la indemnización de daños y perjuicios, la prueba del daño ocasionado, y solamente tiene lugar la modificación equitativa de la pena por parte del Juez cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, pero no cuando tal incumplimiento es total. En cualquier caso, la potestad correctora a que hace referencia el artículo 1154 CC no es aplicable en casación, tal y como ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 22 de diciembre de 1997 y 14 de diciembre de 1998), sin perjuicio del carácter restrictivo de su aplicación. Lo que en todo caso debe tenerse en cuenta es que el momento a partir del cual debe hacerse efectiva la pena requiere voluntad en el incumplimiento y culpa por parte del contratista, lo que significa que no deben incluirse como mora del deudor aquellos días en que ha existido incumplimiento por causas ajenas al propio contratista. (STS de 8 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de permuta atípico *do ut des* (denominado así por la jurisprudencia: SSTS de 7 de julio de 1982 y 24 de octubre de 1983), entre un particular y la mercantil *Hersor, S. A.*, y cumplidas las obligaciones que le incumben a esta última, aquel no cedió las fincas descritas al otro contratante, razón por la cual se solicita por parte de la mercantil la resolución de dicho contrato por incumplimiento de las obligaciones propias del demandado, la restitución de los terrenos cedidos con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios determinados en virtud de la cláusula penal moratoria incluida en el contrato; si bien, y por su parte, la mercantil debía reintegrar al demandado la cantidad entregada por este la cual podría satisfacerse mediante compensación parcial en la parte correspondiente. Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda y desestimando la reconvencción formulada por el demandado. Dicha resolución es confirmada ulteriormente por la Audiencia Provincial. La parte condenada en ambas sentencias interpone recurso de casación que es estimado por el TS. La mercantil también recurre y el demandado reconviene de modo que el recurso se estima en parte, mientras que la reconvencción es rechazada íntegramente. (*J. D. S. C.*)

22. Existencia de condición resolutoria.—A pesar de que en el contrato se fijaba una duración del mismo de cinco años, el hecho de que este contrato fuese celebrado por un administrador que había sido nombrado en un acuerdo impugnado, hace que la demandada se cuestione si no se trata de un contrato sometido a condición resolutoria. Si bien es cierto que la demandante conocía la existencia de la impugnación del acuerdo social de nombramiento del administrador, el artículo 122.1 de la LSA establece que la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a los

accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe, y la jurisprudencia afirma que la buena fe no se pierde por saber que el acuerdo ha sido impugnado. Además, se debe tener presente la jurisprudencia de esta Sala que establece que la existencia de una condición no se presume y se debe probar que la obligación se subordina a un suceso futuro e incierto. Finalmente, las condiciones resolutorias deben aparecer de forma expresa en el contrato. En consecuencia, no se puede limitar la vigencia del contrato al cese del administrador.

Concepto de daño.—La doctrina suele dar un concepto objetivo de daño y declara que es aquel menoscabo que, como consecuencia de un evento determinado, sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya sea en su patrimonio. El concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, aunque no es necesario aludir a la culpabilidad del responsable. Por tanto, el daño sería todo aquel menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual debe responder otra.

Concepto y fundamento del lucro cesante.—El artículo 1106 del CC dispone que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto la pérdida que haya sufrido como las ganancias que haya dejado de obtener. A diferencia del daño emergente, el lucro cesante se delimita por un juicio de probabilidad, es decir, se apoya en la presunción de cómo se habrían desarrollado los acontecimientos si no hubiese tenido lugar el hecho dañoso, por ejemplo, de no haberse resuelto por incumplimiento el contrato. El fundamento de la indemnización del lucro cesante se halla en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en la que se encontraría si el suceso dañoso no se hubiera producido. El pronóstico de las ganancias dejadas de obtener no se puede dejar a manos del perjudicado, sino que se debe seguir un criterio objetivo. Según la S de esta Sala de 8 de julio de 1996, las ganancias que se pueden reclamar son aquellas en que concurre similitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables y se debe acreditar el nexo causal entre el evento y la pérdida de provecho económico. (STS de 26 de septiembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Cinesa y Espectáculos Padró y Cabot, S. L.* celebraron un contrato en virtud del cual *Cinesa* se obligaba a programar en exclusiva las salas de exhibición cinematográfica *Atlántida*, que pertenecían a *Espectáculos Padró y Cabot*. A cambio de esta programación, *Cinesa* recibiría un porcentaje de los ingresos en taquilla. La duración de este contrato había de ser de cinco años. En el momento en que se celebró este contrato, en el Registro Mercantil figuraba inscrita una anotación preventiva de demanda de anulación de acuerdo social de nombramiento de administrador. Este administrador era el que había celebrado el contrato con *Cinesa*. Al cesar este administrador, *Espectáculos Padró y Cabot* finalizó el contrato y dejó de pagar la remuneración de los honorarios devengados por *Cinesa*. *Cinesa* interpuso demanda contra *Espectáculos Padró y Cabot, S. L.*, en la que solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de los honorarios devengados así como los daños y perjuicios ocasionados. La demandada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó

en parte el recurso y declaró que *Espectáculos Padró y Cabot, S. L.*, sólo debía pagar los honorarios y no había lugar a indemnización por daños. La actora recurrió esta sentencia ante el TS, que declara que ha lugar el recurso porque considera que la entidad recurrente no obtuvo determinadas ganancias como consecuencia del incumplimiento. (M. V. V.)

23. La subsidiariedad de la acción rescisoria y la solidaridad de los deudores.—El artículo 1294 del CC reconoce el carácter subsidiario de la acción rescisoria, de modo que sólo se puede ejercitar cuando no sea posible cobrar de otro modo la deuda. Sin embargo, esta regla quiebra en los casos de solidaridad pasiva, ya que el deudor puede dirigir su acción contra el deudor que considere más conveniente, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 1111, 1137 y 1144 del CC. En estos supuestos, es la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien se acciona la que se debe tener en cuenta, sin perjuicio de la acción del fiador solidario de dirigirse contra el deudor principal y con independencia del patrimonio del resto de los deudores. En el caso examinado por esta Sala, los tres demandados en juicio ejecutivo fueron condenados solidariamente al pago de la deuda. Además, la obligación de los fiadores es cambiaria y, como disponen los artículos 35, 49 y 57 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, los avalistas responden de forma solidaria.

Presunción de enajenación fraudulenta.—El artículo 1297.II CC dispone que se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se ha dictado sentencia condenatoria o se ha expedido embargo de bienes. Aunque, en el presente caso, los demandados cesan en la indivisión de fincas antes que se iniciase el procedimiento ejecutivo, es cierto que con anterioridad había existido una reclamación de la deuda del acreedor contra los deudores. Además, la doctrina de esta Sala ha señalado en repetidas ocasiones que la existencia de fraude en los contratos onerosos no está limitada a los casos de presunción establecidos en el artículo 1297 CC, sino que puede apreciarse de diferentes modos, según lo que se desprenda de la prueba practicada y sin que sea necesario obtener una previa declaración de insolvencia en juicio, si el acreedor consigue probar la existencia de fraude y que no puede hacer efectivo su crédito en los bienes del deudor demandado. (STS de 24 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Mitar, S. A.*, adeudaba una determinada suma de dinero a la sociedad *Technal Ibérica, S. A.* Para pagar esta cantidad, libró unos pagarés a favor de esta última sociedad, pagarés que fueron avalados por don J. T. I. y don A. J. M. S y de los cuales sólo se pagaron los cuatro primeros. A mediados de 1994, don A. J. M. S. cedió a su esposa, doña M. C. V., las mitades indivisas de dos fincas de las que ambos eran copropietarios. Este acto fue inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo cual doña M. C. V. aparecía como única propietaria de las fincas. A finales de 1994, *Technal Ibérica, S. A.* promovió juicio ejecutivo contra *Mitar, S. A.*, don J. T. I. y don A. J. M. S. En este procedimiento ejecutivo se embargaron los bienes de los demandados don J. T. I y don A. J. M. S., pero no pudo tener lugar la anotación de embargo de las mitades

indivisas de las fincas de don A. J. M. S., porque estaban inscritas a nombre de su esposa. En 1996, *Technal Ibérica* presentó demanda contra don A. J. M. S. y su esposa, en la que solicitaba que se declarase ineficaz el acto dispositivo realizado por don A. J. M. S. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, que fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Lleida por la actora. La Audiencia estimó el recurso de apelación y contra dicha resolución los demandados interpusieron recurso de casación, ya que consideraron que no se había agotado la vía de apremio y que el acto de adjudicación de fincas no era fraudulento porque se había realizado con anterioridad al juicio ejecutivo. El TS desestima el recurso.

NOTA.—Como manifiesta esta sentencia, el artículo 1294 CC exige, para que prospere la rescisión, que el deudor no tenga suficientes bienes para hacer frente al pago de la deuda. Sin embargo, esta sentencia también pone de manifiesto la doctrina del TS sobre el régimen de la regla de la subsidiariedad en los casos de solidaridad de deudores. Tal y como ya declaró el TS en la S de 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/7178), que resolvía un caso de cofianza solidaria, la obligación solidaria que asumen los cofiadores tiene carácter autónomo frente al acreedor, de modo «que le desliga de vincularse a los restantes obligados solidarios, si dirige la acción contra uno sólo de ellos, puesto que el carácter subsidiario de la acción rescisoria, no impone al acreedor la demostración de la insolvencia de los restantes deudores». Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTs de 11 de abril de 2001 (RJ 2001/3639) y de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002/2841). (M. V. V.)

24. Plazo para la interposición de la tercería de mejor derecho.—Según el artículo 1533 de la LEC, la tercería de mejor derecho se debe interponer antes de que se haya realizado el pago al acreedor ejecutante. La aprobación del remate a favor de la ejecutante no se produce automáticamente, sino que requiere una resolución judicial que la acuerde y mande cumplirla. Será el momento en el que se ejecute esta resolución judicial cuando existirá la adjudicación del bien embargado al ejecutante en el pago de su crédito. Y, en consecuencia, es esta adjudicación la que fija el momento final del plazo de interposición de la tercería.

La doctrina del levantamiento del velo.—Para que prospere este tipo de tercería es necesario que concurren dos acreedores de un mismo deudor. En este supuesto, la *Tesorería General de la Seguridad Social* no ostentaba ningún crédito contra el demandado, sino contra sociedades anónimas, de modo que no coincide el titular del bien embargado con el deudor de la entidad pública. Sin embargo, como ha venido proclamando esta Sala en reiteradas ocasiones, en atención al principio de buena fe y a la equidad, habrá casos en que se debe penetrar en el *substratum* personal de las sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con la finalidad de evitar que se perjudiquen intereses públicos o privados o cuando esta persona jurídica pueda ser utilizada como fraude. En estos casos, se produce un abuso de la personalidad jurídica independiente de la entidad y se incurre en un ejercicio antisocial del derecho. En el caso examinado por esta Sala, se debe aplicar la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, ya que el auténtico deudor

dor de las cuotas obreras era el demandado, que utilizaba unas empresas ficticias para beneficiarse de la limitación de responsabilidad.

Preferencia de los créditos por cuotas de la Seguridad Social.—Como ha declarado la S de 24 de mayo de 2001 de esta Sala, los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozan, sin limitación temporal alguna, de la misma preferencia que los créditos a los que se refiere el artículo 1924.1 CC. En consecuencia, el artículo 1924.3 CC no es aplicable a esta clase de créditos, ya que, como dispone el mismo artículo, sólo es aplicable a créditos sin privilegio especial y los créditos por cuotas obreras gozan de un privilegio especial. Por este motivo, tampoco se aplican a esta clase de créditos las limitaciones temporales que el apartado E) del párrafo segundo del artículo 1924 CC establece. (STS de 10 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante los años ochenta, don M. H. M. había creado varias sociedades anónimas, de las cuales era el gestor y dueño. Don M. H. M. no ingresaba en la Seguridad Social las cuotas obreras de los trabajadores de estas empresas. Por este motivo, fue condenado por un delito de apropiación indebida. Además, don M. había avalado a la sociedad *Aldecan, S. A.* por las deudas que ésta tenía con *Caja de Ahorros del Mediterráneo*. El crédito que ostentaba la citada Caja contra don M. constaba en un documento público emitido en 1989. Frente al impago de estas deudas, la citada Caja promovió juicio ejecutivo contra don M. H. M. La *Tesorería General de la Seguridad Social* interpuso tercería de mejor derecho contra la citada Caja y don M., ya que consideraba que era titular de un crédito preferente al de la ejecutante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la tercería de mejor derecho. Esta solución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Alicante, que estimó el recurso de apelación. La *Caja de Ahorros del Mediterráneo* interpuso recurso de casación contra esta sentencia, ya que consideraba que ella y la entidad pública no tenían créditos frente el mismo deudor y, además, que, su crédito era preferente al de la Seguridad Social, porque los créditos por cuotas obreras constaban en un documento público de 1992 mientras que su crédito estaba documentado en una fecha anterior. El TS declara, no ha lugar.

NOTA.—El problema que se plantea en esta sentencia es determinar si los créditos por cuotas obreras de la Seguridad Social son o no preferentes a los de la *Caja de Ahorros del Mediterráneo*. El TS considera que el crédito por cuotas obreras de la Seguridad Social es un crédito preferente respecto cualquier otro tipo de crédito y que no se debe acudir al artículo 1924.3 CC, la aplicación del cual supondría que el crédito preferente es el de la citada Caja. Para justificar su decisión, el TS aplica, correctamente, el artículo 29 del Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social. Según este artículo, los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozan, respecto de la totalidad de los mismos, *sin limitación temporal alguna*, de igual preferencia que los créditos a que se refieren el apartado primero del artículo 1924 del CC y la letra D) del apartado primero del artículo 913 del CCO. En conse-

cuencia, este artículo elimina el límite temporal que había existido hasta ese momento.

No obstante, a pesar de que esta sentencia declara que el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, recoge la misma redacción que el artículo 29 del Real Decreto 1517/1991, esto no es cierto, ya que el artículo 22 del citado Real Decreto Legislativo excluye la mención «sin limitación temporal alguna». La misma redacción dada por este artículo 22 aparece en el artículo 30.1 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social. En consecuencia, a partir del Real Decreto Legislativo 1/1994 se ha vuelto a la misma redacción que, a partir de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, se daba al artículo 15 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social. Y, por tanto, sólo gozan de preferencia los créditos por cuotas de la Seguridad Social referentes a la última anualidad vencida y no pagada. (*M. V. V.*)

25. Clases de novación.—Dice la S de 23 de mayo de 2000 que «en el Derecho español se reconoce tanto la novación extintiva como la meramente modificativa o impropia y el deslinde o separación entre ellos debe hacerse tomando en cuenta la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación. En todo caso, mientras el vínculo originario subsista, existirá tan sólo la novación modificativa o impropia, como han recogido las SS de 26 de mayo de 1981, 22 de diciembre de 1982, 16 de febrero de 1983 y 26 de julio de 1987, entre otras. Lo cierto es que los acuerdos habidos entre las partes supusieron una modificación o alteración del sistema establecido en el contrato inicial sobre la forma de efectuarse el pago del precio de la obra; ya se califiquen tales pactos como novación extintiva o modificativa, fruto, en todo caso, de un acuerdo transaccional entre las partes para solucionar las cuestiones pendientes relativas al pago de la obra ejecutada, tales pactos son vinculantes para las partes.

Interpretación de los contratos.—Dice la S de 21 de abril de 1993 que «la interpretación de los contratos y demás actos jurídicos aunque haya de partir de la expresión contenida en las palabras pronunciadas o escritas, no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las mismas y ha de indagar fundamentalmente la intención de las partes y el espíritu y finalidad que hayan poseído el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, como así viene a sancionarlo el artículo 1282 CC, lo cual no excluye —como ha acreditado entre otras la sentencia de 8 de abril de 1931— los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes. La S de 8 de julio de 1996 manifiesta que «es doctrina de esta Sala (SS de 11 de octubre de 1989 y 16 de julio de 1992, entre otras muchas) la de que cuando de lo alegado y probado en el proceso surjan dudas fundadas acerca de la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que estos pudieran parecer, sino que tiene el deber de indagar lo verdaderamente querido o intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a

los demás medios exegéticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es atender a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, conforme establece el artículo 1282 del CC. (STS de 26 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Construcciones Poley, S. L.* formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Sevilla contra *Jardín Residencial La Alameda S. L.* en reclamación de diecisiete millones de pesetas, importe de la última certificación de obras ejecutadas en cumplimiento del contrato de obra suscrito entre ambas sociedades en 30 de junio de 1991. La sociedad *Jardín Residencial La Alameda, S. L.* contestó a la demanda oponiéndose a la misma y formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba a *Construcciones Poley, S. L.* la cantidad de cuarenta y siete millones de pesetas, en atención a los pactos que las partes celebraron el 4 de agosto de 1992 y que, a su entender, modificaban el sistema establecido en el contrato inicial sobre la forma de efectuarse el pago del precio de la obra. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de *Construcciones Poley, S. L.* al mismo tiempo que estimó parcialmente la reconvencción formulada por *Jardín Residencial La Alameda, S. L.* Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, fue desestimado por la Audiencia de Sevilla. El TS declara haber lugar al recurso de casación al entender que se ha producido una novación del contrato. Asumiendo la instancia, declara la desestimación de la demanda formulada por *Construcciones Poley, S. L.* contra *Jardín Residencial La Alameda, S. L.*, así como la estimación parcial de la demanda reconvenzional formulada por esta última sociedad. (A. S. C.)

26. Requisitos de la novación extintiva (art. 1204 del CC).—Es esencial y característica de la novación la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera, es decir, que a los efectos de ese sustancial cambio obligacional es requisito esencial, para que la novación sea extintiva, la intención de los contratantes, o *animus novandi*, de dar por extinguido el contrato primitivo entre ellos existente, decisión esta que han declarar expresamente los contratantes como condición indispensable para que la novación se produzca a menos que la obligación antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles entre sí, conforme tiene establecido la jurisprudencia de este Tribunal que la novación nunca se presume y debe constar expresamente, exigiendo su concepto la creación de una relación obligatoria nueva, tan dispar y distante de la que altera que sea con ella incompatible, pues la novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro, lo que presupone la subsistencia de una obligación reemplazada por otra debiendo aparecer de los términos del acto, con toda claridad, la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque no siempre sea preciso esta constancia expresa, ya que el citado artículo 1204 del CC admite, al lado de la manifestación expresa de la voluntad de novar, la que cabe deducir de las incompatibilidades entre las convenciones, pues las simples modificaciones accidentales que sin alterar la esencia de una obligación preexistente se introduzcan en ella no producen el efecto de extinguir por novación. La escritura pública de 20 de junio

de 1994 contiene un acuerdo entre las partes intervinientes por el que se entregan a la acreedora determinados bienes inmuebles en pago de parte de la deuda reconocida, y así lo declaran las partes, «adjudicación en pago de deuda». La cesión en pago de los inmuebles descritos en la escritura pública de 1994 extingue, en la cuantía en ella establecida, la obligación existente, pero no crea una nueva que la sustituya, sino que esa extinción se produce por la satisfacción actual del interés del acreedor. (STS de 27 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. F. prestó en escritura de 3 de junio de 1992 aval solidario a favor de *Aravaca Somosaguas, S. A.* Posteriormente *Aravaca Somosaguas, S. A.*, junto contra otras entidades, ante la imposibilidad de hacer frente a la deudas acumuladas con *Sefri Ingenieros, S. A.* adjudicaron a ésta, en escritura de 20 de julio de 1994, la fincas que en ella se detallan, cancelando parte de las deudas. Dado que *Aravaca Somosaguas, S. A.*, no había pagado la totalidad de la cantidad adeudada a *Sefri Ingenieros, S. A.*, esta última interpuso demanda contra el avalista J. L. G. F. en reclamación de la cantidad pendiente. El Juzgado de Primera Instancia condenó a J. L. G. F. al pago de la cantidad que se le reclamaba. El demandado interpuso recurso de apelación, y alegó la novación extintiva de la obligación afianzada por él en la escritura de adjudicación en pago de deuda de fecha 20 de julio de 1994. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por el demandado. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandado. (R. T. B.)

27. Diferenciación entre cesión del contrato y novación.—La cesión de contrato es una figura jurídica atípica que se construye al amparo de lo dispuesto en el artículo 1255 CC; siendo necesario para su validez no sólo el consentimiento del cedente y del cesionario sino además el del contratante cedido (SSTS de 26 de noviembre de 1982, 20 de marzo de 1985 y 21 de diciembre de 2000). Tal consentimiento puede ser expreso, esto es, cuando se pone de manifiesto a través de actos concluyentes por la parte cedida; o tácito que tiene lugar cuando, verbigracia, la transmisión se ha hecho pública y notoria en diversos medios de comunicación sin que haya existido oposición a ella por la parte cedida, o cuando existan determinados contactos entre el Presidente del Consejo de Administración de la parte cedida con la cedente o cesionaria, que impliquen el necesario conocimiento de la transmisión por parte de aquella.

Asimismo, la cesión del contrato excluye la novación y constituye la transmisión de todos los derechos y obligaciones (entendida de forma unitaria) derivadas de la relación contractual al cesionario; sin que ello implique la sustitución de un contrato por otro, que daría lugar a la novación. En este último caso, y precisamente por tratarse de una subrogación en la posición del cedente, se exige en todo caso el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC), el cual debe constar además de una manera expresa, cierta y positiva según reiterada jurisprudencia (SSTS de 4 de febrero de 1993 y 19 de septiembre de 1998, entre otras). (STS de 7 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil actora presenta demanda para que se declare resuelto el contrato celebrado entre aquella y las codemandadas; e incontestada la cesión de dicho contrato a favor de *Uniprex, S. A.* Por su parte, las mercantiles codemandadas formulan reconvencción, de manera que en primera instancia se declara válida y eficaz la novación de una de las codemandadas a favor de *Uniprex S. A.*, si bien se resuelve el contrato por incumplimiento de la propia actora; estimándose además las reconvencciones respectivas en el sentido de condenar a la actora reconvenida al pago de una cantidad adeudada más el resarcimiento de daños y el abono de intereses del artículo 1124 CC. En grado de apelación la sentencia de instancia es confirmada a excepción de las costas de una de las reconvencciones. La actora reconvenida presenta recurso de casación, en el que alega indefensión en relación al artículo 5.4 de la LOPJ; infracción de los artículos 1203, 1204 y 1205, párrafos 1.º y 2.º; 1281, párrafo 1 CC con relación a la interpretación de los contratos; 1214, 1256 y 1124 CC.

NOTA.—Repárese en que el artículo 1214 CC ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (*J. D. S. C.*)

28. Compraventa de finca urbana con edificaciones: error en la apreciación de prueba pericial.—No cabe denunciar error en la valoración de la prueba pericial en relación con una apreciación fáctica que nada tiene que ver con la pericia; además no se observa contradicción entre lo afirmado en la resolución recurrida y las apreciaciones del informe pericial.

Interpretación del contrato: doctrina general.—La interpretación contractual constituye materia atribuida a la función soberana de la Sala de instancia sin que proceda someterla a revisión, salvo que las conclusiones sentadas sean ilegales, inverosímiles, o contradigan las reglas del raciocinio lógico, por lo que, de no darse este criterio desorbitado, deben mantenerse las apreciaciones efectuadas, incluso en aquellos supuestos en que pueda haber alguna duda acerca de su exactitud rigurosa, pues lo que se verifica en casación, al no ser una tercera instancia, no es la oportunidad del mejor criterio ilegalidad, irracionalidad o clara equivocación del sustentado en la resolución recurrida.

Interpretación de la palabra «legalización» contenida en el contrato.—Esta Sala comparte totalmente el criterio del juzgador de instancia, pues no resulta sostenible el aserto del recurrente de que aquel término se refiere a la obtención de los permisos y licencias urbanísticas, lo que implica necesariamente la previa ejecución de las obras que se reclama; en este caso, el comprador tenía perfecto conocimiento del estado del inmueble cuando lo adquirió, y no resulta lógico el silencio del documento habida cuenta de la envergadura de las obras reclamadas (cuya cuantía alcanza casi una tercera parte de la deuda principal); por otra parte, no era necesaria en ese tiempo la obtención del certificado de final de obra como requisito indispensable para conseguir la cédula de habitabilidad; la solicitud de esta debía realizarla el propietario, el inquilino o el precarista, y el comprador llevó a cabo diversas obras en ambas edificaciones. Abunda en tal interpretación el contenido de la cláusula 4.ª del contrato que literalmente indica que «*en la finca vendida existen dos edificaciones, una de las cuales aparece inscrita en el Registro de la Propiedad. Los gastos ocasionados por la legalización de las propiedades serán satisfechas por mitades*»; con lo que evidentemente se pone en relación

la legalización con la inscripción en el Registro y no con otros extremos, y, por otro lado, el vendedor se obliga a entregar la cosa pactada en el estado en que se encuentra cuando se celebró, y que era perfectamente conocido por el comprador.

Integración del contrato: buena fe.—La buena fe a que se refiere el artículo 1258 CC es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo y leal (SSTS de 26 de octubre de 1995, 6 de marzo de 1999, 30 de junio y 25 de julio de 2000), que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (STS de 22 de septiembre de 1997), supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (SSTS de 16 de noviembre de 1979, 29 de febrero y 2 de octubre de 2000), de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SSTS de 26 de enero de 1980, 21 de septiembre de 1987 y 28 de febrero de 2000). En el campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (por todas, STS de 26 de octubre de 1995).

Venta de vivienda y venta de finca con edificaciones.—La STS de 16 de diciembre de 1996 ha establecido que el vendedor responde no sólo de la entrega de la casa, sino también de efectuarla con utilidad para su destino; es decir con la condición de habitabilidad; pero esta sentencia se refería a la venta de una vivienda y su doctrina no es aplicable cuando se enajena una finca con edificaciones cuyas condiciones y circunstancias eran perfectamente conocidas por el adquirente, por lo cual no se ha infringido el artículo 1258 CC y la doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación, porque el vendedor ha dado al contrato cumplida y adecuada efectividad en relación con el fin concreto propuesto (SSTS de 6 de marzo de 1999 y 30 de junio de 2000), sin que en modo alguno quepa desorbitar el alcance de lo estipulado, que podría romper el justo equilibrio de las prestaciones en juego. (STS de 12 de julio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—En documento privado se pacta la compraventa de una finca urbana en la que hay varias edificaciones, al parecer en no buen estado de conservación e, incluso, de instalación (carecen de servicios de agua, alcantarillado y luz), conviniéndose en el precio de veinte millones de pesetas del que se abonan cinco millones, y se aplaza el resto en el plazo máximo de un año, a contar del día en que los vendedores hayan *realizado* las construcciones existentes en la finca. La defectuosa técnica redaccional del documento se subsana, pues ambas partes están de acuerdo en el proceso en que aquel término significa *legalizado*. Las discrepancias surgen al interpretar este último; los vendedores pretenden que se trata de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad, mientras que los compradores quieren que se incluyan, además, la obtención de la cédula de habitabilidad y demás trámites para llevar a cabo la legalización administrativa de la finca. Los vendedores reclaman la diferencia de

precio aplazado una vez que han cumplido el trámite registral y obtienen sentencia favorable en ambas instancias. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto por el comprador (Pte.: Corbal Fernández).

La sentencia establece un tratamiento jurídico diferenciado entre la venta de una vivienda y la de una finca urbana en la que hay construcciones. El artículo 1468, párrafo 1.º, CC ordena que el vendedor entregue la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato; ello significa el estado cuantitativo, cualitativo, físico y jurídico de la cosa al tiempo de la venta (cfr. lo que digo en *Comentarios Albaladejo*, vol. XIX, 2.ª ed. pp. 229 s.). La sentencia extractada subraya que no resulta aplicable la doctrina del STS de 16 de diciembre de 1996, referida a una vivienda cuyas condiciones de habitabilidad son expresamente requeridas en la sentencia. En el presente caso el comprador conocía perfectamente las condiciones que reunía la finca urbana con las edificaciones que adquiría y el estado en que se encontraban, y no cabe exagerar el alcance de lo pactado *que podía desorbitar el justo equilibrio de las prestaciones en juego*. Aunque ello no se dice expresamente, se sobreentiende que el demandado compra para derribar, aunque luego parece cambiar de intención. Ese *justo equilibrio de las prestaciones* ¿no evoca el justo precio? Parece que la sentencia se sitúa en el plano de la equidad y de la justicia del caso concreto. (G. G. C.)

29. Sustitución fideicomisaria en el contrato de donación.—El Código civil sólo regula la sustitución fideicomisaria en la herencia o el legado dispuesto en sucesión testada. Sin embargo, cabe establecerse en el contrato de donación regulado en el Código civil no sólo porque así lo permite el principio de autonomía de la voluntad, sino también porque a ella se refiere con terminología impropia el artículo 641 CC.

Prohibición de discriminación del hijo adoptivo.—Dicha prohibición se deriva de dos preceptos constitucionales: el artículo 14 CE, que consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, y el artículo 39 que declara la protección integral de los hijos, iguales, estos ante la ley, con independencia de su filiación. El Código civil refleja asimismo dicho principio en el artículo 108.II al establecer que «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos».

Recurso de casación. Revisión de la interpretación del contrato realizada por el Tribunal de instancia. Requisitos.—La interpretación del contrato es función del Tribunal de instancia, siendo revisable en casación sólo cuando aquella sea absurda, ilógica o contraria a Derecho. (STS de 28 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 8 de noviembre de 1965, los cónyuges M. P. J. y P. P. B. donan a su hijo adoptivo R. P. P. varias fincas de propiedad ganancial de los donantes por escritura pública. En la donación se establece que a la muerte del donatario las fincas pasarán a sus descendientes legítimos; si fallece sin dejar descendencia, a sus padres,

donantes; si estos le han premuerto, pasará la mitad a un grupo de sobrinos y la otra mitad a otro grupo de sobrinos.

Los donantes premurieron al donatario, quien fallece dejando un hijo adoptivo. Uno de los sobrinos formula demanda contra el hijo adoptivo. (B. F. G.)

30. Falta de transmisión de la propiedad en el contrato de *leasing*.—El contrato de arrendamiento financiero, o *leasing*, a diferencia de lo que ocurre en la compraventa de bienes muebles a plazos, no transfiere la propiedad de los bienes objeto del contrato, sino solamente la posesión de los mismos, conservando la propiedad la entidad arrendadora. Nos encontramos ante un contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, en el que como en cualquier contrato de arrendamiento, el arrendatario no adquiere la propiedad de la cosa arrendada, sino solamente el derecho de uso y posesión de la misma, conservando el arrendador el dominio del bien, no considerando incluidos los llamados arrendamientos financieros, en los supuestos de la venta de bienes muebles a plazos, según dispone el artículo 21 del Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero.

No hay infracción a la doctrina jurisprudencial que se cita, en concreto, la de esta Sala, de 28 de mayo de 1990, pues aunque es cierto que en la misma se apreció la existencia bajo apariencia de un contrato de arrendamiento financiero, o *leasing*, se encubría en realidad una compraventa de un bien mueble a plazo, en el que el vendedor no se había reservado el dominio hasta que concluyera el pago del precio, obedeció a un supuesto puntual, en el que para el pago de las cuotas se habían librado letras de cambio, letras que seguidamente fueron negociadas, incluso la que cubría el precio de la opción, supuesto que no es el caso de autos, en los que, como se analiza en la sentencia recurrida, se cumplen todos los requisitos del contrato de *leasing*, tanto personales como reales y formales, para calificar el contrato de arrendamiento financiero, sin que a estos efectos la nimiedad del valor de la cuota residual sea obstáculo para tal calificación, como se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestras las SS de 3 de noviembre de 2000 y la de 12 de marzo de 2001. (STS de 7 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fiat Leasing, S. A.* entregó a través de un contrato de arrendamiento financiero dos camiones a *Transportes Frigoríficos Mendivil, S. A.* Más tarde estos camiones fueron embargados ante el impago de las correspondientes cuotas de la Seguridad Social por *Transportes Frigoríficos Mendivi, S. A., Fiat Leasing, S. A.*, interpuso tercería de dominio contra la *Tesorería de la Seguridad Social* y contra *Transportes Frigoríficos Mendivi, S. A.* y solicitó que se alzase el embargo trabado sobre los camiones citados por ser de su propiedad. La sentencia de instancia alzó el embargo por no ser los camiones propiedad de *Transportes Frigoríficos Mendivi, S. A.* La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia. El TS desestimó el recurso de casación. (R. T. B.)

31. Arrendamiento financiero (*leasing*). Garantía adicional de recompra por el proveedor para el caso de resolución por impago del arrendatario.—Consiste en el afianzamiento por el proveedor de las obliga-

ciones del arrendatario para el supuesto de que este deje de pagar un determinado número de cuotas y el arrendador opte por la resolución del contrato. Declarada la resolución por impago de las cuotas por parte del arrendatario, el proveedor se compromete a abonar todas las rentas vencidas y no pagadas, así como a optar entre abonar de una sola vez todas las rentas pendientes, más el valor residual, o bien asumir el pago de las rentas pendientes en la forma prevista en el contrato de arrendamiento. La empresa de arrendamiento, a cambio, está obligada a cederle el material objeto de contrato.

Plazo de vigencia de la garantía adicional de recompra por el proveedor para el caso de resolución por impago del arrendatario.—La garantía de recompra prestada por el proveedor está en vigor hasta la fecha prefijada para el pago de la última cuota del arrendamiento pero no más allá, pues los derechos del proveedor sobre el material se ven mermados correlativamente a la tardanza del arrendador en requerir dicha garantía. Este límite de vigencia tiene su razón de ser en el hecho de que el transcurso del tiempo hace que se deprecie la máquina objeto del contrato.

Arrendamiento financiero. Régimen jurídico.—Aunque el contrato de arrendamiento financiero es un contrato complejo y atípico, distinto del arrendamiento común (SSTS de 28 de junio y de 2 de diciembre de 1999), la jurisprudencia no deja de reconocer su componente arrendaticio a la hora de resolver determinadas cuestiones, como por ejemplo la del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de las cuotas (STS de 24 de mayo de 1997). (STS de 22 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*BBV Leasing, S. A.*, concierta con *A.T.C.* un contrato de arrendamiento financiero de una pala cargadora. En las condiciones generales del contrato se dispone que el impago de cualquiera de las cuotas faculta a la entidad financiera para optar entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato. En el momento de celebración del contrato de *leasing*, la entidad vendedora de la pala, *Auto-Industria de Cartagena, S. L.*, afianza las obligaciones del arrendatario para el supuesto de que este deje de pagar tres o más cuotas y el arrendador opte por la resolución del contrato, en cuyo caso, aquélla se compromete a abonar todas las rentas vencidas y no pagadas, así como a optar entre abonar de una sola vez todas las rentas pendientes más el valor residual o bien asumir el pago de las rentas pendientes en la forma prevista en el contrato de arrendamiento. Incumplido el contrato por el arrendatario, *BBV Leasing, S. A.* optó por exigir su cumplimiento al arrendatario. Con posterioridad presenta demanda contra *Auto-Industria de Cartagena* exigiendo el importe de todas las cuotas impagadas más el valor residual del bien.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación presentado por *BBV, S. A.*, y confirma la sentencia de primera instancia que desestima la demanda. *BBV, S. A.* presenta recurso de casación cuyos motivos se centran principalmente en la interpretación de la garantía prestada por *Auto-Industria de Cartagena*. (L. S. M. P.)

32. Condiciones para la aplicación de la prórroga forzosa de arrendamientos urbanos: artículo 57 LAU de 1964.—Resulta claro, porque así lo establece el propio artículo citado como vulnerado por la sentencia recurrida

por su aplicación indebida, que los contratos de arrendamientos de viviendas o locales de comercio que se celebren durante la vigencia del mismo –los dos arrendamientos están en ese supuesto temporal– tendrán la duración que libremente pacten las partes, volviendo así al régimen natural de los arrendamientos que han sido concebidos como contratos de duración limitada, de acuerdo al tiempo establecido por voluntad pactada de las partes, o en otro caso el de un año señalado por el Código Civil. A lo que no es óbice, a que si las partes así lo acuerdan, puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 LAU de 1964, pero resulta patente que para que tal ocurra es precisa la existencia de un pacto o acuerdo de sometimiento a la prórroga forzosa, como expresan claramente todas las sentencias de esta Sala que cita la parte recurrente para fundamentar el recurso, porque en caso contrario hay que estar a la norma general, la de la vigencia del arrendamiento por el tiempo establecido en el contrato o sus prórrogas convencionales, en vez del sometimiento, una vez vencido el plazo, a las prórrogas forzosas impuestas al arrendador por el artículo 57 de la antigua LAU. Es indudable que para que tal ocurra es precisa la existencia de un pacto al efecto, que en general debe existir en el contrato de forma explícita, y por lo tanto en la cláusula que señala la duración del mismo ha de expresarse si la prórroga es forzosa, la impuesta en el artículo 57 LAU, ya que de no existir tal acuerdo las prórrogas no pueden ser otras que las de la tácita reconducción del artículo 1566 del CC. Ahora bien, la existencia del acuerdo del sometimiento del arrendador a la prórroga forzosa, en otros casos, puede caber deducirla implícitamente (no tácitamente) de los propios términos del contrato sin estar establecida en una cláusula específica, pero tal deducción ha de ser clara y terminante para entender que existe ese acuerdo. (STS de 13 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–*Supermercados Cruz Mayor, S. A.*, como arrendadora, y *Castillo 40, S. A.*, y *Comercial A Tope, S. A.*, como arrendatarias, conciertan sendos contratos de arrendamiento por el plazo de un año, prorrogable por anualidades sucesivas. Los arrendamientos, ambos de fecha 1 de enero de 1988, se perfeccionaron bajo el régimen establecido por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre «Medidas de Política Económica», que suprimió la prórroga forzosa para el arrendador. Los arrendamientos se prorrogaron hasta el 1 de enero de 1994, fecha en la que *Supermercados Cruz Mayor, S. A.*, por requerimiento notarial realizado con tres meses de antelación a la conclusión de la última prórroga, insta su resolución. Las arrendatarias se oponen alegando, entre otras razones, que la arrendadora carece de la facultad de resolver el contrato por transcurso del tiempo pactado porque al contratar había renunciado a la supresión de la prórroga forzosa establecida en el artículo 9 del Real Decreto-Ley de 1985, en relación con el artículo 57 LAU de 1964. Las sentencias de conformidad accedieron a la demanda de resolución contractual. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por las arrendatarias. (R. G. S.)

33. Responsabilidad de los arquitectos técnicos.–Los arquitectos técnicos no tienen facultad en orden a la realización del proyecto de obra o

su modificación; sin embargo, como se dice en la S de 5 de octubre de 1990, «como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la edificación, advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis* que en modo alguna le es ajena. Por lo que es claro que siendo su trabajo, el ordenar y el dirigir la ejecución material de las obras, cabe deducir la responsabilidad de los hoy recurrentes, cuando los defectos se refieren a vicios de la construcción por ellos ordenadas y dirigidas, que no se atuvieron a las normas de buena construcción, de cuya observancia, eran los primeros encargados, y por consiguiente, responsables de las consecuencias que tales faltas acarrearían al resultado final de las obras».

Responsabilidad solidaria de los intervinientes en un contrato de obra.—Aun siendo evidente que el artículo 1591 del CC, establece responsabilidades individuales a cada uno de los agentes que intervienen en la construcción, según los vicios que ocasionen la ruina del edificio, sean debidos a vicio del suelo o de dirección, en cuyo caso responderá el arquitecto, en cambio si la falta se debiere a vicios de la construcción responderá el constructor, pero en la práctica suele ocurrir, que la ruina se deba a diversas causas que conducen al resultado final de la ruina, y que hace imposible la individualización de la responsabilidad de cada uno de los participantes en la actividad constructiva, la jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la construcción, que es la que ofrece mayores garantías de que queden cubierto los intereses de los perjudicados. (STS de 27 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don W. R. C., como Presidente de la Comunidad de Propietarios del Edificio Arapiles de Cáceres interpuso demanda contra las empresas que lo habían construido *Urvicasa y Presa, S. A.*, la arquitecta *I. Z. C.*, y los aparejadores *J. C. C. C.* y *D. M. G.* El Presidente de la Comunidad reclamó una indemnización por los defectos de construcción que presentaban los elementos comunes del edificio. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a todos los demandados al pago de 10.013.276 pesetas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de la instancia y condenó solidariamente a todos los demandados y a los aparejadores a responder como uno sólo. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los aparejadores.

NOTA.—La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su artículo 17.3, ha introducido la responsabilidad solidaria de todos los agentes que han intervenido en la realización de la obra en los supuestos en que no se puede determinar el grado de intervención de cada agente en la producción del daño. (R. T. B.)

34. El contrato de obra a precio alzado y el aumento de la obra.—La línea jurisprudencial de esta Sala establece que cuando hay un incremento de obra por ampliación de construcción, el contratista tiene derecho a un mayor precio, siempre que tenga el consentimiento del comitente, y aunque se haya fijado un precio alzado por la realización de esta obra. El consentimiento del comitente puede revestir cualquier forma, de modo que no es necesario que

se realice por escrito sino que también vale la autorización verbal o tácita de las modificaciones en la obra. El consentimiento tácito del comitente se deberá probar y valdrá el hecho de haberse realizado el exceso de obra sin la oposición del propietario. Además, se debe tener presente que el artículo 1593 CC no contiene una norma de derecho necesario sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, de modo que sólo complementa a esta voluntad a la que corresponde fijar el precio por las obras. El pago de las certificaciones correspondientes se puede considerar una aceptación tácita del aumento de las obras y del precio. (STS de 4 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. C. celebró un contrato con la asociación *Obra Hogar Santa Zita* en virtud del cual debía realizar unas obras en un edificio de su propiedad a cambio de un precio alzado. Durante el transcurso de estas obras hubo modificaciones en el plan de construcción, que condujeron a un aumento de ésta y de su precio. Expedidas las certificaciones oportunas, aunque algunas de éstas no tenían el visado del aparejador, la asociación abonaba su importe sin formular oposición. Para los trabajos de fontanería de las obras, se contrató a don A. P. D. Una vez realizadas las obras, aparecieron defectos en el inmueble. Don A. P. D. interpuso demanda contra don J. M. C. y *Obra Hogar Santa Zita*, en la que solicitaba el pago de la cantidad que se le adeudaba por los trabajos de fontanería. A este proceso se acumuló la demanda que don J. M. C. había presentado contra la asociación, en la que solicitaba el pago de la suma adeudada por la realización de las obras. La asociación formuló reconvencción a la demanda presentada por el contratista y solicitó que se le condenase al pago de los daños causados por el cumplimiento defectuoso de las obras. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por don A. P. D. y la reconvencción formulada por *Obra Hogar Santa Zita*, pero desestimó la demanda presentada por don J. M. C. contra esta asociación. Esta sentencia fue recurrida por don J. M. C. ante la Audiencia Provincial de Segovia, que estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró que *Obra Hogar Santa Zita* debía abonar al contratista la suma reclamada por la realización de las obras. Esta asociación interpone recurso de casación ante el TS, que declara no ha lugar porque considera que la asociación consintió al aumento de las obras. (M. V. V.)

35. Requisitos para que la promotora pueda ejercer acción de repetición frente a la contratista.—No es suficiente con el hecho de que se haya producido una condena de la promotora por defectos de la construcción para que automáticamente se repercuta la misma sobre la entidad subcontratada por aquélla, siendo imprescindible que se acredite con claridad que fue negligente la actuación de quien de hecho llevó a cabo la ejecución material, la causante de los perjuicios que hubieron de ser indemnizados. La responsabilidad solidaria de quienes participan en el hecho constructivo, cuando no sea posible determinar la proporción en que cada uno de ellos ha intervenido en la causación del daño, atiende únicamente al aspecto externo, es decir, a la relación entre aquellos y el perjudicado, por lo que al ejercitarse la acción de regreso por el que ha indemnizado, puede ser discutida la determinación de la

responsabilidad que a cada uno de los agentes efectivamente corresponde, incumbiendo la carga de la prueba a quien formula dicha pretensión de reintegro. (STS de 11 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los adquirentes de unas viviendas demandaron a la promotora *Edificaciones Pinilla y Cía, S. A.*, por los defectos que se hallaban en aquéllas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la promotora al pago de 304.310 pesetas a cada uno de los demandantes. Posteriormente la promotora demandó a la empresa *Gaersa, S. A.*, a la que había encomendado la ejecución de las citadas viviendas, con el fin de que ésta reintegrara las cantidades que ella se había visto obligada a desembolsar. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Gaersa, S. A.*, al pago de 1.979.250 pesetas. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la demandada y absolvió a *Gaersa, S. A.* El TS desestima el recurso interpuesto por la promotora. (R. T. B.)

36. Contrato de vitalicio: concepto y figuras similares.—El contrato objeto del debate es el denominado de vitalicio, respecto al que, en S de 23 de mayo de 1965, esta Sala ha declarado que no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 del CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público —art. 1255 del CC—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones.

Se trata de un contrato conocido en otros países, así: el arrendamiento «à *nourriture*» (de manutención), que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de «*Allenteil*» («parte de viejo») en el Derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quien se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la «zádruga» en Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no pueden administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato «*d'entretien viager*», por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante toda su vida, que, en el Código civil de obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia.

Otras similitudes se encuentran en la «*dación personal*», institución consuetudinaria del Alto Aragón, mencionada en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril, modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo), por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma, y la instituye heredero universal al fin de sus días a

cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como vestido y calzado según su clase, y de que, a su fallecimiento, se costee el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; en la «*pensión alimenticia*» de Cataluña —ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito—, en virtud de cuyo contrato una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, generalmente inmuebles, que le hace el alimentado, por durante la vida de éste, con la particularidad de que si surgen desavenencias y viene la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo; y, claramente, en el artículo 95 de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, el cual dispone que por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la precisión, en su artículo 99, que el alimentista podrá rescindir el contrato en los siguientes casos: a) conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos; b) incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su perceptor; c) cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la procura del mantenimiento de su calidad de vida.

Cesión de bienes a cambio de alimentos a satisfacer en casa de los cesionarios. Condición resolutoria tácita. Incumplimiento de la perceptora de los alimentos. Sustitución de la prestación alimentaria en casa de los cesionarios por otra dineraria por razón de la falta de entendimiento entre éstos y la cedente.—Aunque el contrato de que se trata, de naturaleza sinalagmática, está sometido a condición resolutoria tácita, no se advierte aquí un incumplimiento de la prestación imputable a los obligados a satisfacerla, que mantiene su voluntad de observar las prestaciones a su cargo; por el contrario, es la actora, quién, sin duda, vulnera el desarrollo de la convivencia alimenticia pactada al mantener una conducta obstativa a la efectividad de la misma, por lo que decae la petición subsidiaria del escrito inicial, concerniente a la resolución del contrato.

En estas circunstancias, no cabe la permanencia del sistema alimenticio convenido en los estrictos términos pactados, pues no se puede obligar a quien no quiere en una relación como la que nos ocupa, donde, por encima de lo establecido, de ámbito económico o patrimonial, incide el necesario ajuste de dos o más personas en carácter, costumbres o aficiones para lograr la convivencia, es decir, en lo que se denomina congeniar, por lo que procede acercarse a la petición principal de la demanda, consistente en el abono de una cantidad para cubrir las necesidades de la actora, que, aunque no está recogida en el contrato, constituye la respuesta a la problemática, mediante la aplicación analógica del artículo 149 del CC. (STS de 9 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio S. T. y el matrimonio T. P. pactaron un contrato de vitalicio. Por medio de éste los primeros cedían a los segundos, que lo adquirían para la sociedad conyugal, una finca y una edificación. Los cesionarios se obligaban, a cambio, a cuidar y

asistir a los cedentes hasta el fallecimiento de éstos y a prestarles alimentos en la extensión del artículo 142 del CC actuando el incumplimiento de éstas obligaciones como condición resolutoria. Fallecido el señor S., continuó su esposa la convivencia con los cesionarios hasta cumplirse el aniversario de la muerte de su marido, momento en el que viaja a Madrid para visitar a sus hermanos sin que después retornara. Los cesionarios pasan entonces a entregarle una cantidad mensual. Descontenta con ésta, la cedente promueve acto de conciliación para reclamar una suma más elevada y subsidiariamente la rescisión del contrato por entender cumplida la condición resolutoria acordada. Los cesionarios alegan la imposibilidad de cumplir las obligaciones pactadas ante la negativa de la conciliante a permitirles las prestaciones concertadas señalando al tiempo que las cantidades entregadas cada mes no son obligaciones derivadas del acuerdo sino compensación voluntaria en la medida de sus posibilidades. La cedente acude a la vía judicial reiterando sus peticiones. El Juzgado acogió la reclamación subsidiaria y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. Interponen recurso de casación los cesionarios y el TS lo estima. (R. G. S.)

37. Trascendencia y efectos de la transacción.—Lo cierto es que, según declara la jurisprudencia, toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, «tiene carácter novatoria y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida» (STS de 29 de julio de 1998, con cita de otras muchas), declarando a su vez la S de 29 de noviembre de 1991 que será la transacción la que «regule las reclamaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas» y la de 30 de octubre de 1989 que «en toda transacción deben entenderse resueltas y terminadas cuantas cuestiones tengan relación directa con el objeto transigido, en tanto no exista excepción expresa (S de 11 de noviembre de 1904), y si tiende a evitar la prosecución de un pleito o a poner término al ya comenzado, como dice la S de 30 de marzo de 1950, no garantiza el evento de que uno de los contratantes la incumpla y haga precisa la intervención judicial para vencer la voluntad rebelde y procurar que la transacción rinda su finalidad esencial de dirimir divergencias en la forma convenida por los propios contratantes».

Necesidad de tradición para la transmisión de la propiedad.—En el sistema jurídico de nuestro Código civil la compraventa no transmite por sí sola al comprador la propiedad de la cosa vendida, siendo necesaria para que se produzca tal efecto la tradición o entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión del comprador, o el otorgamiento de escritura pública como equivalente a la entrega cuando de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario (arts. 609, 1095, 1461 y 1462 CC). En consecuencia la venta mediante documento privado no transmite por sí sola la propiedad al comprador (SSTS de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997, 3 de diciembre de 1999 y 13 de marzo de 2002, entre otras muchas).

Para la suspensión del pago del precio de la cosa adquirida se requiere la posesión de la misma.—La facultad de suspender el pago del precio que el artículo 1502 CC reconoce al comprador exige que éste se encuentre en posesión o haya adquirido el dominio de la cosa, pues sin dicho requisito «no cabe concebir que pueda ser perturbado en la referida posesión, así como tampoco en el dominio, que aún no ha adquirido, al no haber mediado la entrega o *traditio*» (SSTS 24 de octubre de 1995 y 10 de julio de 2000). (STS de 10 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Volconsa* compró una finca de terreno edificable a doña C. M. M. C. y doña M. M., doña M. L. y doña M. C. G. M., viuda e hijas del último titular de la finca, en documento privado en fecha 27 de diciembre de 1991. En dicho contrato se fijaron las condiciones del pago y la obligación de elevar el documento privado a escritura pública cuando se hubiere satisfecho el pago de un tercio del precio total de la venta. Posteriormente *Volconsa* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ávila contra la viuda e hijas del último titular del inmueble, reclamando la propiedad de la finca. Las demandadas opusieron la excepción de litispendencia y el Juzgado la estimó mediante auto que fue recurrido en apelación. Encontrándose pendiente el recurso de apelación, las partes suscribieron un nuevo contrato en fecha 18 de marzo de 1994 en el cual se puntualizaba que la única propietaria de la finca era la viuda del anterior titular y se acordaba la transacción del procedimiento judicial incoado por *Volconsa*, al mismo tiempo que se modificaban determinadas cláusulas del anterior contrato. Posteriormente a estos acuerdos, la Audiencia rechazó la excepción de litispendencia y estimó el recurso de apelación, ordenando la continuación del proceso. Las codemandadas contestaron a la demanda aportando el segundo convenio y alegando que la actora no había llegado nunca a adquirir la propiedad de la finca por no haber mediado la tradición. El Juzgado de Primera Instancia reconoció la importancia del segundo contrato y desestimó la demanda de *Volconsa*. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Ávila apreció falta de litisconsorcio pasivo y absolvió en la instancia, sin especial pronunciamiento en costas. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el TS asumió las funciones de instancia y desestimó íntegramente la demanda interpuesta por *Volconsa* contra la parte vendedora de la finca, en atención a la importancia del segundo convenio suscrito por las partes. (A. S. C.)

38. Concepto y régimen de la aparcería industrial.—El artículo 1579 CC configura la aparcería como un híbrido entre el contrato de arrendamiento y el de sociedad. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia le atribuyen substantividad propia, de modo que se le pueden aplicar normas propias de otro tipo de contratos. El contrato de aparcería se distingue del de arrendamiento en lo referente a las prestaciones, mientras del de sociedad se distingue porque no existe un patrimonio separado de los sujetos. Máxima importancia reviste el contenido que las partes hayan atribuido a este contrato, es decir, a sus cláusulas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1255 CC.

Es también opinión aceptada la que considera que el artículo 1579 CC, en su inciso segundo, no dispone un orden de prelación de las fuentes normativas, sino una simple enumeración que obliga a conceder prioridad a los pactos libremente establecidos por las partes, que en algunos casos acentuarán los elementos arrendaticios y, en otros, los societarios. (STS de 8 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Energía Eléctrica de Extremadura, S. L.*, y la sociedad *Eléctrica del Oeste, S. A.*, celebraron un contrato de aparcería industrial, en virtud del cual *Energía Eléctrica de Extremadura* explotaba las instalaciones de la otra empresa. En este contrato constaba una cláusula que establecía que la aparcería se podía prorrogar anualmente si ninguna de las partes manifestaba con anterioridad su deseo de rescindirlo. La sociedad *Eléctrica del Oeste* rescindió el contrato el 1995, habiendo anunciado la rescisión en tiempo oportuno. *Energía Eléctrica de Extremadura* interpuso demanda contra la arrendadora, en la que solicitaba que se declarase que el contrato aún estaba en vigor, ya que éste no podía finalizar hasta que se hubiese realizado la liquidación de mejoras e inversiones hechas por ella. *Eléctrica del Oeste* formuló reconvencción contra esta demanda y solicitaba que se declarase que el contrato había estado vigente hasta enero de 1996 y que *Energía Eléctrica de Extremadura* detentaba el negocio de forma ilícita. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero estimó parcialmente la reconvencción. La demandante interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Cáceres. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no ha lugar. (M. V. V.)

39. Fianza. Novación.—El artículo 1205 CC exige el consentimiento del acreedor para la novación modificativa consistente «en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo» (asunción de deuda), que no puede presumirse (SS de 5 y 20 de mayo de 1997), pues ha de constar inequívocamente la voluntad de novar (SS de 17 de febrero de 1987 y 6 de noviembre de 1998) y, en definitiva, la asunción de deuda requiere siempre aquel consentimiento (SS de 9 de marzo de 2000 y 21 de marzo de 2002).

Efectos extintivos de la prórroga del plazo del cumplimiento de la obligación garantizada.—Según doctrina jurisprudencial (SS de 7 de abril de 1975 y 8 de octubre de 1986), la prórroga extintiva de la fianza requiere que el plazo se haya prorrogado voluntariamente y de forma expresa por el acreedor, y hay que entenderla referida exclusivamente al supuesto de que se conceda sin contemplación y previsión de ella al tiempo de constituir la fianza (S de 8 de mayo de 1984), así como que es exigible un convenio explícito con señalamiento de nuevo plazo y fecha determinada para el pago (S de 29 de octubre de 1991), circunstancias todas que no concurren en el caso. (STS de 12 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. interpuso demanda contra su deudor *Pacanan, S. A.*, y distintos fiadores solidarios, en la que solicitó que se les condenase a pagar el importe de un préstamo otorgado con fecha

1 de enero de 1983, más los intereses correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ponferrada dictó sentencia el 16 de mayo de 1996 en la que estimó la demanda. Algunos demandados recurrieron entonces en apelación, pero la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia mediante sentencia de 4 de diciembre de 1996. Finalmente, los mismos apelantes recurrieron en casación, entre otros motivos, por entender que se había producido una novación, al haber transmitido uno de los fiadores sus acciones de la empresa *Pacanan, S. A.*, a terceros que, de ese modo, habrían asumido el pago de la cantidad reclamada. Sin embargo, el TS declara no haber lugar al recurso porque el demandante don P. no consintió en ningún momento esa transmisión. (*J. M. B. S.*)

40. Culpa extracontractual: responsabilidad de Ayuntamiento reclamada por aseguradora: derecho transitorio: jurisdicción civil competente.—Las SSTs de esta Sala de 3 de marzo y 9 de junio de 1996 admitieron que, a partir de la publicación de la Ley 30/1992, se instauró el sistema de unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa; no obstante, por razones de seguridad jurídica y para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo, ha de respetarse el criterio competencial precedente, a fin de la necesaria tutela judicial efectiva. En el presente caso, al haber ocurrido el siniestro del que se responsabiliza al Ayuntamiento, antes de entrar en vigor la nueva Ley, y haberse presentado la demanda el 22 de febrero de 1993, cuando la Ley entró en vigor el 27 de febrero de dicho año, ha de estarse a la legislación que resultó derogada, es decir, los artículos 40 y 41 de la Ley de 1957; todo ello según la doctrina declarada por la STS de 14 de diciembre de 2001, que cita las de 22 de diciembre de 1999, 22 y 29 de junio de 2000 y 3 de julio de 2001. Se invoca equivocadamente la DT 2.ª de la Ley de 1992 que se regula exclusivamente el régimen transitorio de los procedimientos administrativos, pero no los civiles.

Responsabilidad del Ayuntamiento por derrumbe de nave industrial: acción ejercida por compañía de seguros al amparo del artículo 43 de la Ley de 1980.—La jurisprudencia de esta Sala resulta constante al declarar en los supuestos de responsabilidad aquiliana que la competencia es de la jurisdicción civil, cuando la reclamación por daños causados en bienes de particulares, éstos ninguna relación administrativa han tenido con la entidad municipal encargada de evitarlos, por lo que merece la consideración que pueda corresponder a cualquier persona jurídica privada (STS de 14 de mayo de 1992, que cita las de 30 de abril, 31 de octubre y 23 de noviembre de 1991, entre otras). Lo mismo sucede cuando se trata de obras municipales realizadas con la omisión de la necesaria diligencia que su ejecución requería a fin de que el servicio afectado pudiera tener lugar en condiciones de preservar la seguridad pública y evitar la causación de daños a los que confían en que su funcionamiento deba de ser correcto, daños de índole estrictamente civil que instauran la responsabilidad que prevén los artículos 1902 y 1903 CC.

Devolución de los autos a la Audiencia provincial.—Tanto por las previsiones del artículo 1715 LEC como por el imperativo respeto al principio constitucional de tutela judicial efectiva, no se puede eliminar ni prescindir del trámite de segunda instancia, que hace exigible el correspondiente pronunciamiento en cuanto a la cuestión debatida en el pleito y con su resultado

poder decidir las partes si formalizan o no recurso de casación, por lo que han de remitirse las actuaciones a la Audiencia Provincial de su procedencia para que se pronuncie y resuelva el objeto del debate (STS de 17 de junio de 2002; *ha lugar*). (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente de menor en centro público: responsabilidad de la Administración: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—Hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la determinación de la jurisdicción competente, para los casos en los que se puede enclavar la que determina la presente contienda judicial, se movía en una verdadera frontera evanescente, sobre la que no se ponía de acuerdo la doctrina científica, e incluso la doctrina emanada de la jurisprudencia de esta Sala. Sin embargo, desde la vigencia de la referida Ley el problema está absolutamente resuelto a favor de la soberanía de la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que el artículo 2.º) de la misma es tajante en dicha atribución.

Doctrina jurisprudencial del «peregrinaje de jurisdicciones»: demanda después de la entrada en vigor de la Ley de 1992.—Dado que los hechos ocurrieron bajo la vigencia de la Ley de 1992, la cual parece basar su actuación exclusivamente en el área del acto administrativo, por lo que habrá de recurrirse, y dada la situación en que se encuentra la presente litis a la doctrina de la exclusión del *peregrinaje de jurisdicciones*, seguida casi unánimemente por esta Sala, y en este sentido hay que traer a colación la STS de 18 de febrero de 1997, cuando dice: «Esta Sala toma asimismo, paralelamente, en consideración la doctrina que ha consolidado respecto de la evitación de la expresivamente denominada *peregrinación de jurisdicciones*, principio procesal que, no obstante, la relativa frecuencia en cuanto a su invocación, todavía no ha terminado de explicitarse con todas las razones que lo justifican, ni en toda su trascendencia explicativa. Esta doctrina, puesta ya de relieve en SSTS de 5 de julio de 1983, 1 de julio de 1986 y 28 de marzo de 1990, entre otras muchas ha recibido algunas críticas doctrinales por su carácter aparentemente *justiciero*, aunque sus argumentos implícitos revelan, por el contrario, un adecuado sentido del valor justicia ínsito en nuestra Constitución (art. 1.2), según una hermenéutica del ordenamiento jurídico de naturaleza sistemática que ha de apurar las vías interpretativas de las leyes, para encontrar soluciones que hagan prevalecer los preceptos constitucionales.» Destaca en este orden la citada S de 5 de julio de 1983, tras señalar en concreto, con referencia al *peregrinaje de jurisdicción*, la trascendencia relativa del orden jurisdiccional que conozca después de la judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa, que la dudosa cuestión competencial ha de bascular del lado de la jurisdicción civil, matriz de las especializadas, y, de suyo, atractiva, ofreciendo así una solución razonable.

Prescripción de la acción: dies a quo.—La doctrina jurisprudencial de esta Sala determina de manera reiterada que, en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas susceptibles de curación o mejora, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil, no puede empezar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o alta, en el que se consignen o expresen secuelas, sino que ha de esperarse hasta conocerse el alcance o efecto definitivo de éstas (por todas, STS de 3 de septiembre de 1996). En el presente caso, hasta que se pudo realizar la implantación de la prótesis definitiva, dada

la evolución física de la víctima, no pudo iniciarse el *dies a quo* para el inicio del plazo prescriptivo. (STS de 18 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Si se comparan las afirmaciones de esta S (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) y las contenidas en STS de 17 de junio de 2002 (Pte. Villagómez Rodil) cuyo extracto se publica en este ADC, sobre caso similar de responsabilidad de la Administración (en la última, de un Ayuntamiento), hay declaraciones poco coincidentes e, incluso, contradictorias. Se afirma en esta última (FD 1.º) que, a partir de la publicación de la Ley de 1992 se instauró el sistema de unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que parece una categórica aserción. En cambio, en la S extractada se dice (FD 1.º) que hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1998, la determinación de la jurisdicción competente se movía en una *frontera evanescente*, y se invoca a continuación la conocida doctrina procesal de impedir el peregrinaje de jurisdicciones para un caso en que la demanda se presenta después de entrar en vigor la Ley de 1992, aunque los hechos *ocurrieron hace más de diez años* (frase imprecisa que parece aludir a un momento anterior al 27 de febrero de 1993, fecha de entrada en vigor de la Ley de 1992). En la S de 17 de junio, tanto los hechos como la presentación de la demanda ocurrieron antes de la entrada en vigor de la Ley aludida. El resultado, sin embargo, es el mismo, aunque las circunstancias temporales con influjo en el derecho transitorio, sean diversas. Por lo demás, no hay datos que identifiquen la naturaleza y circunstancias del accidente sufrido por la hija del actor, que se indemniza con una suma superior a diez millones de pts, y por el cual se condena al Ministerio de Educación y Ciencia, a la profesora responsable, así como a las correspondientes entidades aseguradoras, y se absuelve al director del centro. (G. G. C.)

42. Responsabilidad civil derivada de delito: acción civil desestimada en proceso penal por inexistencia de hecho: cosa juzgada en proceso civil ulterior: responsabilidad subsidiaria de la empresa de vigilancia.—Se trataba de un delito de asesinato cometido por un vigilante jurado al servicio de una empresa de seguridad, con contrato de trabajo en prácticas; la Sala 2.ª del TS al resolver definitivamente la cuestión penal declaró que la única relación existente entre el procesado y la entidad para la que trabajaba fue la entrega de una pistola; los hechos ocurren fuera de horas de servicio, ni se desarrollan en el espacio que debía vigilar, ni el problema origen del delito guarda relación directa o indirecta con el servicio, pues se trata de un problema conyugal, en total desconexión con la relación de dependencia que el autor mantenía con la empresa; por todo ello la sentencia penal condenatoria declaró por sentencia firme que no existió el hecho de que la acción civil hubiera podido nacer.

Doctrina general.—Debe señalarse como principio que el ejercicio de la acción civil *ex delicto* en el proceso penal, es decir, cuando no se ha excluido su ejercicio ni se ha reservado para el orden jurisdiccional civil, implica que las cuestiones civiles sean resueltas en el ámbito penal, de manera que la resolución que recaiga debe producir, por regla general, efecto de cosa juzga-

da. Así la STS de 31 de diciembre de 1999 establece que las sentencias penales condenatorias que resuelven la problemática civil tienen carácter vinculante para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuanto a los hechos que declaran probados, sino también respecto de las decisiones en materia de responsabilidades civiles; doctrina del efecto vinculante aplicable incluso en los casos en que se pretende plantear en el proceso civil la existencia de hipotéticos errores, imprevisiones, descuidos o defectos en la fijación de las consecuencias civiles en el proceso penal (SSTS de 25 de marzo de 1976, 2 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1988, 28 de mayo de 1991, 21 de mayo y 12 de julio de 1993, 24 de octubre y 9 de diciembre de 1998). (STS de 2 de julio de 2002; no ha lugar.) (G.G.C.)

43. Responsabilidad civil derivada de delito: excepciones a la cosa juzgada de la sentencia penal condenatoria: daño sobrevenido: secuelas de traumatismo craneal por accidente automovilístico.—Constituye doctrina legal sin contradicciones que cabe excepcionalmente la posibilidad de pedir por vía civil, una indemnización complementaria cuando concurren supuestos o hechos que no se tuvieron, ni pudieron tenerse en cuenta en la sentencia del otro orden jurisdiccional (así SSTS de 27 de enero de 1981, 13 de mayo de 1985, 9 de febrero de 1988). Se hace referencia con ello a la indemnización de resultados no previstos cuando, tras la sentencia condenatoria, son descubiertas consecuencias dañosas del ilícito punible acaecidas en tiempo posterior al proceso penal y por ello no las pudo tener en cuenta el Tribunal de dicho orden; así sucede cuando el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de un daño más grave, o incluso se produce la muerte (STS de 11 de mayo de 1995); o nuevas lesiones o agravación del daño anteriormente apreciado (SSTS de 9 de febrero y 20 de abril de 1988); nuevas consecuencias ulteriores del hecho delictivo (STS de 4 de noviembre de 1991); hechos sobrevenidos nuevos y distintos (STS de 24 de octubre de 1988). Pretender negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que, cuando fue juzgada presentaba mejores perspectivas, dentro de las posibilidades siempre falibles, de los criterios de valoración que en aquel momento se podían aplicar racionalmente, pero que han sido desbordados por la realidad, y que ante la imposibilidad de replantear el proceso penal, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil, se incumpliría el artículo 24.1 CE, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos e intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcir de los males sufridos por conductas ajenas (STS de 9 de febrero de 1988). También se invoca la eficacia temporal de la cosa juzgada (SSTS de 19 de marzo de 1973, 25 de marzo de 1976 y 20 de abril de 1988).

Presunciones.—Esta clase de prueba debe ser explícitamente empleada por el juzgador para que sus resultados puedan ser combatidos en casación, no pudiendo confundirse con los *facta concludentia*, ni con las máximas de experiencia, deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables de un orden normal de convivencia, ya que la auténtica prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al juzgador en cada caso determinar cual es el adecuado al supuesto histórico que se examina (STS de 10 de junio de 1997).

Intereses.—No proceden intereses moratorios del artículo 1108 CC ya que el supuesto fundamental del pleito no es la cuantía determinada o no de la deuda, sino la procedencia de la indemnización a causa de la existencia de un daño sobrevenido, lo que ha hecho necesario el pronunciamiento judicial. Tampoco caben los del artículo 921 LEC por ser de oficio en el momento del cumplimiento de la sentencia. (STS de 24 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos resultan claramente determinados: el 2 de agosto de 1981 se produce el accidente de circulación que dio origen al proceso penal concluido por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar de 6 de diciembre de 1983 que condenó a una indemnización de 200.000 pesetas por las lesiones consistentes en un politraumatismo que precisaron cien días de asistencia con impedimento laboral en el mismo tiempo. En 1994 se le diagnostican determinadas secuelas derivadas del traumatismo craneal que sufrió en el accidente, y que originan una declaración de invalidez laboral permanente. Desestimada la demanda que solicitaba un complemento de indemnización, la Audiencia Provincial le concedió diez millones pesetas que la sentencia extractada ha ratificado al rechazar el recurso de casación. Adviértase que en el recurso se invocaba la STS de 2 de julio de 2002, extractada en este fascículo del *ADC*, siendo en ambos casos el mismo Pte. (Almagro Nosete). En realidad, no hay contradicción sino complementariedad entre la doctrina de ambas sentencias; la regla general se aplica en la sentencia de 2 de julio, y la excepción en la aquí extractada de 24 de septiembre. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de trabajo: la explotación de una cantera es actividad de riesgo: inversión de la carga de la prueba.—La explotación de una cantera produce innegables riesgos y, en dicho escenario, los accidentes son frecuentes, entre los que se encuentran los derivados de la contingencia del desprendimiento de piedras; por ello se aplica la teoría del riesgo y la inversión de la carga de la prueba. En el caso aparece una clara situación de peligro manifestada por los datos fácticos acreditados: un bloque de mármol cae al vacío desde una zona superior del frente de la cantera donde el operario accidentado realizaba sus tareas, a quien golpea y ocasiona lesiones, principalmente en el tobillo izquierdo con la secuela irreversible de seguir desempeñando las funciones de peón de cantera. Con ocasión del evento la demandada no ha demostrado una actuación acompañada de la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar, no siendo suficiente que cumpliera las prescripciones reglamentarias para exonerarla de responsabilidad, toda vez que las garantías de esa naturaleza para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido un resultado positivo, y revelan la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado; el demandado no ha probado que, ante una situación de riesgo acreditado, hubiera extremado su actividad de adopción de todas las precauciones, singularmente mediante los oportunos controles de comprobación del estado de la parte delantera de la cantera y de las zonas de donde se extraían o había extraído piedras o bloques de mármol con la ejecución de las correspondien-

tes medidas de seguridad con objeto de impedir desprendimientos o reducir su efecto perjudicial, para evitar así aquellas circunstancias a su alcance que llegaran a transformar el peligro potencial en daño efectivo.

Quantum indemnizatorio.—Asumidas por esta Sala las funciones de instancia procede estimar parcialmente la demanda fijando la indemnización de perjuicios que la demanda desglosa en los conceptos de pérdida de ingresos entre la fecha de la declaración de incapacidad permanente total y la edad de jubilación, y el daño moral referente a las limitaciones de su vida cotidiana, y tras ponderar en su conjunto las circunstancias del evento y su resultado, se fija en 42.700 euros con 85 céntimos. (STS de 24 de septiembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—De haberse invocado la cuestión de competencia de la jurisdicción laboral, parece que el presente era un caso claro para estimarla, pues en la sentencia extractada la condena se basa en la omisión por el empleador de las adecuadas medidas de seguridad en una actividad de riesgo, como lo constituye la explotación de una cantera (la STS de 8 de octubre de 2001, extractada en ADC, 2002, pp. 1966 ss. hace una gráfica descripción de la situación a que había llegado la contradicción de la jurisprudencia de la Sala 1.ª, razonándose la postura que se quiere adoptar en el futuro. Véanse en similares casos recientes las SSTS de 5 de mayo y 13 de diciembre de 2001, y 21 de febrero y 4 de marzo de 2002, cuyo denominador común está constituido por la violación de la normativa sobre seguridad en el trabajo, y en las que se proclama unánimemente la competencia civil: ADC, 2003 pp. 363-371, con referencias a jurisprudencia anterior). Hay, sin embargo, en la STS aquí extractada una notable reducción del *petitum* que figura en la demanda, pues solicitándose, por diversos conceptos, en torno a cuarenta y tres millones de pesetas, se condena sólo a unos siete millones, aunque ahora expresados en euros. La demanda fue desestimada en ambas instancias, al parecer por considerar prescrita la acción ejercitada. El accidente ocurre el 27 de enero de 1992. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad de comunidad de propietarios por caída en portal de minusválida que trabaja en la vivienda: falta de prueba: no cabe responsabilidad objetiva: valor del informe del Gobierno Vasco.—La comunidad de propietarios no tiene por qué soportar una responsabilidad objetiva debiendo responder sistemáticamente de cualquier siniestro o lesión que se produzca en sus dependencias, sino que deben analizarse a la luz de la prueba practicada, las circunstancias concretas que constituyen los elementos de imputación de responsabilidad. Y la tendencia objetivadora que se apunta en la jurisprudencia, sólo resulta aplicable cuando el daño acaece en el marco de una actividad generadora de riesgo para la indemnidad de terceros, actividad que, desde luego, no se da sin más en una comunidad de vecinos. No existe ninguna prueba de que la causa de la caída de la demandante fuese la inexistencia de la alfombra, ni que el mármol se hallara deslizante, ni que se utilizara cera para su limpieza durante la realización de obras cercanas que podían afectar al estado de conservación del suelo del portal y de la alfombra que con anterioridad cubría. Esta apreciación no puede ser combatida con el informe del Gabinete de Seguridad e Higiene, del

Departamento de Trabajo y Seguridad del Gobierno Vasco, elaborado sin consulta ni audición de la comunidad, que no establece una causa cierta de la caída, pues la conclusión de aquél no es taxativa, utilizando una inconcreta terminología, aparte de que el informe afectaba a las posibles responsabilidades en que pudo incurrir la empleada de la accidentada y no la comunidad de propietarios. (STS de 6 de junio 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada (Pte. Auger Liñán) no ha podido sustraerse a la escasamente útil *praxis* jurisprudencial de insertar una síntesis, más o menos afortunada, de la tendencia tuitiva a favor de las víctimas y de la *vigorosa conmoción* que en los postulados clásicos sobre culpa extracontractual se han experimentado por las tendencias objetivadoras. Tal discurso sólo sirve para marcar la frontera que no se puede traspasar: el establecimiento de la responsabilidad puramente objetiva que acertadamente se niega existir en el caso. Al desestimarse el recurso de casación se confirman las sentencias de instancia que denegaron de plano toda indemnización a la mujer poliomielítica de treinta y cuatro años de edad que sufre una fractura al resbalar en el portal de la oficina donde trabaja, ocurriendo ello en ausencia de toda clase de testigos. Hay que convenir con la sentencia que, de suyo, no puede calificarse de actividad de riesgo la que se desempeña en el portal de acceso a una vivienda (probablemente provista de portero automático y de ascensor). Aunque no se menciona la existencia de un servicio de portería, es evidente que el mantenimiento en buen estado del portal y escaleras compete a la comunidad de propietarios. Si la minusválida accidentada fuera una de las copropietarias de viviendas el planteamiento podría haber sido otro; al menos hubiera podido lograr una habilitación para que el acceso fuera más seguro para su minusvalía (por ejemplo, instalación de barandilla), o quizá la contratación de una póliza de seguros que cubriera ese riesgo. ¿Fue acertada la dirección letrada al dirigir la demanda exclusivamente contra la comunidad, y no contra la empresa a cuyo servicio trabajaba? No hay datos suficientes para emitir una opinión. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: daños por demolición de finca colindante: responsabilidad de la empresa de derribo.—El desplome del muro se produjo como consecuencia de las obras de demolición llevadas a cabo en determinado edificio sin haberse adoptado posteriormente las medidas de seguridad necesarias para evitar la caída, sin que haya base alguna para sostener (ni siquiera con probabilidad cualificada), pues no son suficientes las meras conjeturas, deducciones o posibilidades, que sin aquellas obras se habría igualmente producido el desplome. La demolición se efectuó sin proyecto alguno ni dirección técnica, y dicha demolición influyó en la inseguridad del muro de forma muy relevante al suprimir el apoyo lateral y la cubierta; se era plenamente consciente del grave peligro que afectaba a la pared, tanto porque se instó la declaración de ruina de una casa colindante e incluso se formuló recurso contencioso-administrativo contra la resolución denegatoria, como porque era notorio el estado en que se encontraba, habida cuenta el hueco y grieta apreciables a simple vista; no se adoptó medida alguna pese al

requerimiento del Ayuntamiento ya que había mecanismos legales sencillos, dejándose el muro a la intemperie durante un largo período de tiempo dando lugar al incremento de su deterioro por el efecto de los agentes atmosféricos. Este conjunto de causas fueron las que, de modo activo, determinante y decisivo dieron lugar al desplome. La conducta expresada constituye la causa eficiente del resultado, y ello tanto desde la óptica cuantitativa como cualitativa. Tal conducta es reprochable a la empresa que encargó, y por cuenta de quien se hizo la demolición, y quien, en definitiva, estaba obligada a adoptar las medidas precautorias oportunas y no lo hizo, omitiendo la diligencia que le era exigible, tanto más habida cuenta el sector del tráfico en que se produjo el acontecimiento, dado que se trata de una empresa constructora que quiere edificar en el lugar.

Obligaciones legales de los propietarios medianeros: responsabilidad preferente de la empresa de derribo.—Es verdad que el artículo 575 CC impone a todos los propietarios de la pared medianera, entre los que figuraba la víctima, la obligación de contribuir a las obras de reparación de aquella en proporción a su derecho, pero en el presente caso la iniciativa corresponde a la empresa encargada del derribo, la cual tenía que hacerse cargo de la situación asumiendo y soportando la posición de garante, añadiéndose que con su inactividad durante tanto tiempo incidió en una clara agravación del riesgo. La obligación legal que recaía sobre la otra medianera no es suficiente para deducir una concurrencia causal en cuanto al evento del caso, porque no todas las *condiciones* que integran el nexo físico forman parte del reproche objetivo, pues no cabe confundir lo que incide o facilita, con lo que produce o determina; por otra parte el resultado mortal del caso está objetivamente *fuera del ámbito de protección de la norma* contenida en el artículo 575 CC por lo que no cabe extender su operatividad jurídica a resultados que son ajenos a su previsión normativa. La sentencia recurrida ha atribuido a la conducta de la otra propietaria de la pared medianera una eficacia causal indebida, porque no puede considerarse causa concurrente, en el sentido de preparar, condicionar o completar la causa eficiente única de la empresa de derribo.

Doctrina jurisprudencial sobre la diligencia exigible a las empresas de derribo.—La solución adoptada es conforme a la doctrina de esta Sala en temas similares: así en SS de 19 de diciembre de 1987, 9 y 10 de marzo de 1989, 30 de septiembre de 1992, sobre daños derivados de demoliciones o derribos de edificios contiguos; 24 de febrero y 25 de junio de 1986 y 10 de diciembre de 1992, dimanante de excavaciones o cimentaciones en fincas colindantes; y 2 de febrero de 1989 y 7 de junio de 1994, a causa de obras de reparación en inmuebles adyacentes. Se destaca la necesidad de adoptar en las demoliciones y excavaciones las medidas precautorias oportunas a fin de evitar los daños para los inmuebles vecinos, debiendo responderse cuando, de haberse tomado, el derrumbamiento no se habría producido (STS de 26 de diciembre de 1995), porque como con carácter general dijo la STS de 25 de septiembre de 1996, la diligencia exigible comprende la previsión necesaria para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en accidente real, en cuya previsión han de tenerse en cuenta las degradaciones derivadas de la incidencia de los agentes atmosféricos (SSTS de 25 de septiembre de 1986 y 28 de febrero de 1991).

Quantum indemnizatorio: reducción cuantitativa de los gastos de reconstrucción.—La Sala acepta el criterio de la instancia de reducir la indemnización en atención a razones de equidad y de evitar un enriquecimiento

injusto, con lo que se consigue un efecto similar al compensatorio tomado en cuenta por la doctrina de esta Sala cuando concurren determinadas circunstancias de la finca dañada, como la vetustez del edificio (STS de 21 de octubre de 1987), defectos constructivos (STS de 9 de marzo de 1991), u otros aspectos similares que la desmerecen. (STS de 22 de julio de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia y argumentación plenamente de aprobar (Pte. Corbal Fernández), de evidente actualidad por tratarse de una de las cuestiones *calientes* en el tema de la culpa extracontractual, y, asimismo, notable doctrinalmente por sortear las dificultades derivadas de la obligación legal, imperativa y *propter legem* de *reparar* la pared medianera que el artículo 575, impone a los copropietarios de la misma (mientras que el art. 395 —en que aquél se inspira—, habla sólo de la obligación de *conservación* de la cosa común). Concorre además la luctuosa circunstancia de que al derrumbarse la pared se ocasiona la muerte de una de las copropietarias de aquélla. La empresa encargada de la demolición realizó una tarea incompleta, pues derribó un edificio intermedio pero dejó en malas condiciones de seguridad una pared medianera cuya titularidad le correspondía a ella misma y a la persona que muere al derrumbarse aquélla. Me parece bien vista en la sentencia extractada la distinta significación de las aludidas obligaciones, una derivada de la medianería, especialmente en casos de derribos por empresas urbanizadoras, y otra la contemplada, —cabe decir—, estáticamente en el artículo 575 CC. Es lógico pensar que aquella pared medianera hubiera soportado muchos más años la carga de la colindante, pero el derribo es un factor desencadenante del riesgo de ruina inminente, al que resulta causalmente ajena la conducta omisiva de la medianera víctima del derrumbe, subsecuente a la demolición. Lo que no obsta a que se tenga en cuenta aquella circunstancia a la hora de fijar la indemnización total, para moderarla. La sentencia de la Audiencia Provincial al estimar concurrencia de culpas había reducido a la mitad la indemnización por muerte, la cual se duplica por el TS. En el ajustado comentario que al artículo 575 CC dedica el Prof. Alonso Pérez (*Comentarios Ministerio Justicia*, I, pp. 1467 ss.) no se prevé la situación de desplome o ruina *dinámica* aquí contemplada. (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: muerte por electrocución al conectar la toma de corriente con la instalación de su tienda de campaña: concurso de culpas: responsabilidad de la empresa explotadora del camping, del encargado del mantenimiento, de la propia víctima y de terceros desconocidos: solidaridad impropia: alcance.—La sentencia de instancia cifra en el 50 por 100 la cuantía de la responsabilidad de los terceros desconocidos que manipularon el interruptor diferencial, pretendiendo la parte recurrente que esa cuantía debe recaer sobre los condenados en calidad de deudores solidarios. Pero ni siquiera en el caso de solidaridad propia cabe extender la acción de reclamación contra alguno o algunos de los deudores solidarios, en perjuicio de los *demás* cuando éstos no sean conocidos, ni susceptibles de identificación, ni determinados, porque entonces falta la determinación de los obligados al cumplimiento. A mayor abundamiento cuando se trata de la soli-

daridad impropia o tácita, derivada de la naturaleza de la obligación de indemnizar los daños extracontractuales, establecida por criterios doctrinales y jurisprudenciales, sin que sea posible la fijación individualizada de la participación de cada una en la causación del daño. Es esta una solidaridad que cabe llamar *procesal* pues se origina en la propia sentencia condenatoria, pues no existía con anterioridad, y por ello se agota en la sentencia de manera que no es posible hacer proyecciones o extrapolaciones de la solidaridad fuera de otros sujetos que no hayan sido demandados y condenados. Además, entrada en vigor la nueva LEC tampoco a las obligaciones solidarias propias podría explicarse la extensión de la cosa juzgada conforme a los *vínculos de solidaridad* que preceptuaba el derogado artículo 1252 CC en su párrafo 3.º, que ha sido sustituido por el nuevo artículo 222 de LEC 2000.

Quantum indemnizatorio.—La cuantía indemnizatoria se ha establecido tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso, acorde con los parámetros exigidos en el artículo 1104, párrafo I CC por lo cual no es revisable en casación según notoria y reiterada jurisprudencia.

Acumulación de causas.—El accidente en el camping con resultado de muerte fue resultado de una acumulación de causas; así la empresa propietaria del camping debió evitar que los cuadros de la energía eléctrica fueren objeto de manejo por personas ajenas a la sociedad encargada del mantenimiento de la instalación, cuya culpa *in vigilando* ocasiona la responsabilidad de su aseguradora, y lo propio puede decirse de la carencia de la instalación del suministro eléctrico adecuado, para servir a todas las tiendas del camping, lo que generalizó la costumbre de hacer *puentes* por parte de los usuarios; la culpa de la empresa de mantenimiento se deriva de los propios hechos, y sus omisiones se estiman de igual influencia en la producción del evento dañoso; y en cuanto a la conducta de la víctima se dice que tuvo una actuación *al menos no todo lo exquisito que la electricidad requiere*, siendo muy posible, aunque no se ha probado totalmente que la víctima estuviera mojada al manipular un cable para dar luz a su tienda. (STS de 17 de junio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Varios aspectos llaman la atención en esta S: 1.º Lo relativo a la noción y efectos de la llamada *solidaridad imperfecta* (que el Pte. Almagro Nosete denomina *procesal*) derivada de la participación en un hecho dañoso, cuando no es posible determinar la responsabilidad causal de cada deudor y hay terceros responsables desconocidos. 2.º La eficacia derogatoria civil de la LEC 2000. Y 3.º La declaración sobre la culpa de la víctima.

Es cierto que el artículo 1140 CC dice que la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo, pero no parece posible incluir aquí el caso de terceros desconocidos responsables; cabría decir que la indeterminación del sujeto pasivo representa un límite al concepto de solidaridad. No parece que la demanda interpuesta por la viuda, en su nombre y en el de sus hijos menores, lo haya sido contra personas desconocidas, sino que se trata de una afirmación de las sentencias de instancia que acoge la de casación. Siendo el sujeto obligado indeterminado, e incierto por definición ¿era procedente que la sentencia de instancia llegara a cuantificar en el 50 por 100 el alcance de su responsabilidad? ¿y si en el proceso ulterior se declara que tales terceros no eran, efectivamente, responsables o lo eran en proporción menor?

Obsérvese que la actual sentencia no produce cosa juzgada respecto de esos terceros desconocidos ¿por qué tomar en consideración una hipotética responsabilidad que no ha sido sujeta a debate?

Si la llamada cosa juzgada es materia procesal no parece inadecuado que una nueva ley procesal, en aras de la *pureza legislativa* la regule *ex novo* en su artículo 222, incluso de forma diferente al párrafo III del artículo 1252 CC. Otra cosa sería que aquélla modificara, además, *par ricochet*, la estricta legislación civil, como puede ser el régimen de la solidaridad pasiva, y, en particular, el artículo 1141, párrafo II CC.

Por lo demás, una vez dictada esta sentencia firme, si en el futuro se descubriera la identidad de quienes manipularon el diferencial eléctrico de la instalación, parece indudable que podrían reclamarles un indemnización equivalente a la ahora concedida por la sentencia confirmada, cuya cuantía, por cierto, resulta notablemente menor de la solicitada (de un total de treinta millones de antiguas pesetas se otorgan sólo poco más de ocho por la compensación de culpas).

Por otra parte, la descripción de la conducta culposa de la víctima no resulta demasiado convincente. Decir que aquélla actuó *no todo lo exquisito que la electricidad requiere* no deja de constituir un eufemismo que no se sabe qué quiere encubrir, si una *culpa levísima* o, realmente, que no hay tal culpa y por ello no se usa el término, sino, únicamente un proceder torpe o inadecuado; hablar de la circunstancia de ser *muy posible aunque no se ha probado totalmente* que al ocurrir el accidente la víctima tenía el cuerpo mojado, es irrelevante a efectos de probar su culpabilidad. Parece que el Tribunal no tiene muy clara la responsabilidad de la víctima, que, sin embargo, declara en la sentencia.

Al leer la sentencia se obtiene la impresión fundada de un funcionamiento irregular y chapucero de la organización del camping, que está llamando a gritos la actuación eficaz de los competentes organismos inspectores. Tampoco es ejemplar que ocurrido el accidente en 1984 se dicte sentencia en el 2002 otorgando además modestas indemnizaciones. (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: medicina voluntaria (vasectomía): secuelas: incumplimiento del deber de información.—En el presente caso se infringió el deber de información médica, de tal modo que el consentimiento obtenido para la operación no estaba debidamente informado por lo que el paciente no pudo ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que tiene su fundamento en la dignidad de la persona. Los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, establecen el derecho del usuario de los servicios públicos, y el apartado 15, de los privados, a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención (excepto los casos que menciona que aquí no se dan). Resulta evidente que en el caso presente la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la

intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles, e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación; y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica que se denomina de medicina voluntaria, en que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa.

Riesgo de complicación.—El riesgo de complicación tiene entidad suficiente para considerar seriamente la decisión de no someterse a la operación, sin que sea adecuado hablar de relación de causalidad entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la operación. Es cierto que el deber de informar no tiene un carácter absoluto y omnicompreensivo, pero obviamente se extiende a complicaciones previsibles y frecuentes que, como en el caso, pueden acarrear el grave daño colateral de pérdida por atrofia de un testículo.

Doctrina jurisprudencial sobre deber de información.—La solución que adopta esta Sala se ajusta a la jurisprudencia ya recaída en la materia, que pone de relieve la importancia de cumplir el deber de información (SSTS, entre otras, de 25 de abril de 1994, 24 de mayo de 1995, 31 de julio de 1996, 11 de febrero, 1 de julio y 2 de octubre de 1997, 16 de octubre y 28 de diciembre 1998, 13 de abril de 1999, 7 de marzo y 26 de septiembre de 2000, 12 de enero y 11 de mayo de 2001), porque para que el consentimiento prestado por el usuario sea eficaz, es preciso que sea uno prestado con conocimiento de causa, y para ello se requiere que se le hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir durante o *a posteriori* de la operación. Tal deber de informar es aplicable tanto si existe un vínculo contractual como si se actúa en el campo extracontractual, debiendo advertirse que en la demanda se ejercitaron ambas.

Prescripción de la acción: *dies a quo*.—La expresión del artículo 1968.2 CC desde que *lo supo el obligado* no cabe interpretarlo en el sentido del día en que cesó la asistencia médica del alegante, sino cuando se conoce el resultado lesivo definitivo, con o sin secuela.

Responsabilidad solidaria del médico y del Centro sanitario.—La responsabilidad por infracción del deber de informar incumbe por igual al médico y al Centro Sanitario (SSTS de 16 de octubre de 1998, 7 de marzo de 2000, 12 de enero y 27 de abril de 2001), aparte de que, en cualquier caso, el centro Hospitalario resultaría responsable por culpa *in vigilando*. (STS de 2 de junio de 2002; ha lugar.)

NOTA.—La demanda había sido rechazada en ambas instancias, pero el recurso de casación es estimado con base en la doctrina extractada, que es de aprobar (Pte.: Corbal Fernández). Se acepta también la cuantía pedida en la demanda (de siete millones de pesetas) con base en los conceptos de incapacidad temporal, molestias y dolores, y secuela, en sus perspectivas física y de daño moral, por considerarla ponderada. Adviértase que la demanda no se basa en el hecho de haber procreado un hijo pese a la vasectomía, sino en las secuelas colaterales acompañadas de falta de información; lo que puede producirse obviamente en cualquier tipo de intervención quirúrgica. Últimamente sobre el deber de información médica: SSTS

de 13 de abril y 7 de marzo de 1999, extractadas en ADC 2001, respectivamente pp. 483 y 1309). (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: reponsabilidad médica: negligencia del tocólogo en la asistencia al parto: fallecimiento de neonato nacido con graves secuelas.—La situación del médico tocólogo en la clínica era la de *guardia localizable*, pero ello cede cuando existe una paciente que informa, tanto a la comadrona como al profesional, que era primípara y que su ginecólogo le había comunicado que presentaba estrechez de cuello uterino y que estaba cumplida; dicha paciente había sido monitorizada el día de ingreso en dos ocasiones a las 9,40 y a las 20 horas. Pero no se le volvió a colocar el monitor hasta las 16 horas del día siguiente porque era el único existente en el centro y estaba siendo utilizado por una mujer secundípara. El tocólogo abandona el centro cuando se había presentado el parto e ignora el resultado de la monitorización. Al día siguiente la comadrona comprueba alarmada, y por primera vez, bradicardia y desaceleraciones y sufrimiento fetal y aunque ordena avisar urgentemente al médico de guardia, y éste se presenta inmediatamente, se encuentra ya con una situación irreversible, en el último periodo expulsivo de la parturienta, padeciendo el niño una bradicardia severa que, previa reanimación por anestesista y pediatra, fue enviado al Hospital Materno-Infantil de Málaga, falleciendo unos tres meses más tarde, pese a los cuidados prestados. Como el tocólogo se marcha a su casa pese a existir en el centro dos mujeres de parto, ello proclama que no ha prestado a su paciente los cuidados precisos y en su justo momento; de haber estado presente, podía haberse evitado el fatal desenlace. La matrona o comadrona está destinada para actuar en partos normales, que no era el supuesto; si el tocólogo monitoriza a la gestante y detecta el sufrimiento fetal, puede llamar al anestesista y realizar una cesárea que no puede efectuar la matrona, o, incluso, otras técnicas que su título exige conocer y practicar. Su responsabilidad arranca de descargarla, o pretenderlo, en la comadrona y deriva de su falta de presencia y controles. El acontecimiento no fue imprevisible; una cosa es que su guardia sea *localizable* y otra muy distinta que abandone el centro existiendo un parto con riesgo; el sufrimiento fetal era claramente previsible, y más en una primípara y de tales características fisiológicas, y tratándose de un especialista no pueden ocultársele, ni desconocer tales riesgos.

Responsabilidad de la matrona o comadrona.—El Real Decreto-Ley de 8 de enero de 1999 establece que son funciones de estos auxiliares sanitarios *asistir a los partos y puerperios normales de conformidad con las instrucciones que hayan recibido de los especialistas, así como efectuar las prácticas de educación maternal que se establezcan con carácter ambulatorio y excepcionalmente a domicilio, así como la profilaxis del parto*. En este caso, el sufrimiento fetal pudo haberse detectado con mayor prontitud y la intervención toco-ginecológica haberse producido en un momento anterior y más beneficioso para el recién nacido; cuando reputó la comadrona que era preciso avisar al médico era demasiado tarde, y no debe olvidarse que detectado el supuesto, cualquiera que sea su causa, se debe proceder inmediatamente a salvaguardar la vida del feto; la comadrona aceleró el parto e incluso ordenó la instauración de un *goteo occitónico*, lo que no consta fuera acordado por el médico en el curso de un parto que ya no era normal, ni tampoco juzgando que lo fuera. No resulta correcto que asista a un parto que no sea capaz de terminar y que concluyó el médico. Debe ser el médico el que adop-

te las medidas ante un sufrimiento fetal; no cabe duda que una atención más directa a la evolución del parto, a lo largo de las horas previas en que hizo aparición el sufrimiento fetal, podía haber evitado el fatal resultado, o, al menos, detectarlo con más prontitud. La responsabilidad de esta ATS, matrona o comadrona, ha quedado acreditada porque el daño está probado, la muerte del nacido y las causas de la muerte. Se trata de la muerte del primogénito y recién nacido, sin que exista una razón que la explique, sino por la conjunción de un complejo de factores o elementos concurrentes que vienen a complicar un parto que, aunque normal en principio, se apuntaba como problemático y que lo complicaron hasta el punto de herir de muerte al feto durante esa última etapa que la llevaba a la vida, pero que nació lesionado y afectado por los traumatismos de su alumbramiento, que falleció poco tiempo después de abandonar el claustro materno.

Responsabilidad de la clínica.—Se le condena por tener un solo monitor y una deficiente organización a nivel de medios técnicos y humanos; se reprocha culpabilísticamente a la clínica por ausencia de un médico de guardia durante la evolución de un parto, cuando debía encontrarse en el centro, al menos un facultativo para hacer frente a un caso de urgencia como el de autos y la existencia de un único monitor que se pretende desvirtuar alegando que era totalmente suficiente, lo que desmienten los hechos.

Relación de causalidad: doctrina general sobre la responsabilidad médica.—La relación de causalidad se debe a un complejo de factores en que colaboraron necesariamente en el fatal desenlace las conductas de las tres partes demandadas; por otra parte la falta de eficacia operativa para atajar contingencias es negligencia, incapacidad para evitar o disminuir el resultado lesivo en la paciente, como destacó la STS de 15 de octubre de 1996; la causa eficiente es aquella que, aun concurriendo con otras, prepara, condiciona o completa la acción de la causa última (SSTS de 18 de febrero de 1985, 23 de enero de 1986, 8 de julio de 1991 y 11 de febrero de 1992). La doctrina jurisprudencial ha repetido con insistencia que si bien el artículo 1902 CC descansa en un básico principio culpabilístico, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende, no sólo los cuidados y prevenciones reglamentarios, sino además todos aquéllos que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de culpa en el agente, así como la aplicación de prudentes pautas de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirse en fundamento único de la obligación de resarcir. La STS de 2 de diciembre de 1996 hace una importante declaración sobre la carga de la prueba, por la posición ventajosa en que se encuentran los facultativos frente a las víctimas o perjudicados y donde, por otra parte, el resultado acaecido aparece desproporcionado (SSTS de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999). Por otra parte, la doctrina de esta sentencia no supone contradicción, ni siquiera aparente con la mantenida en STS de 27 de mayo de 2002, por tratarse de un supuesto totalmente diferente; allí se trataba de un parto eutócito en su inicio, que luego se complicó de forma imprevista por encajamiento de los hombros del feto, pero que la Matrona resolvió con técnica adecuada, de modo que su actuación se ajustó a la *lex artis ad hoc*. (STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Martínez-Pereda Rodríguez) por el minucioso análisis de la responsabilidad extracontractual en que han incurrido, tanto el médico tocólogo de guardia, como la

comadrona y el centro médico en un parto que resultó de riesgo para el neonato, ocasionándose la muerte del recién nacido al poco tiempo. Parece que la negligencia del médico resulta determinante pues conocedor del ingreso en el centro de una parturienta con problemas, se marcha a su casa; coadyuva la comadrona por omisión y cierta complicidad por acción y omisión con la conducta del tocólogo. Indiscutible resulta la responsabilidad de la clínica por tener sólo disponible un monitor único. De modo incidental parecen innecesarias las afirmaciones contenidas en el FD 5.º que dan a entender ciertas actuaciones de connivencia entre ginecólogos y matronas que han podido dar origen, incluso, a actuaciones penales o administrativas, y en otros supuestos. Ello, en mi opinión, no puede generalizarse ni pesar o influir decisivamente en el ánimo de los juzgadores. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

50. Acción reivindicatoria: requiere que coincidan los linderos de la finca reclamada con los de la finca poseída por los demandados.—La acción reivindicatoria no puede estimarse cuando el demandante no acredite suficientemente que el bien reivindicado se corresponde e identifica exactamente con el descrito en el título que le legitima como propietario. La falta de coincidencia puede evidenciarse por la diferente superficie, u otras *desconexiones fácticas*. Tratándose de elementos fácticos, difícilmente pueden revisarse en casación.

Acción reivindicatoria: requiere prueba de que se tiene mejor título para poseer que los demandados.—El demandado puede impedir el éxito de la acción reivindicatoria probando que tiene mejor derecho a poseer que el demandante (en el caso, probando la usucapión de la finca). La reivindicación puede considerarse tardía e impropia cuando, junto a otros argumentos, cabe decir que los mismos hechos de la demanda recogen circunstancias significativas de que la finca ha podido ser usucapida, tales como el reconocimiento de que la finca viene siendo ocupada por los demandados sin justo título y con mala fe desde hace cerca de treinta años.

Acción reivindicatoria: requiere que se acredite la posesión de los demandados.—Es requisito para estimar la acción reivindicatoria que los demandados sean los poseedores de la cosa reivindicada. No cabe, por tanto, negar que los demandados hayan acreditado haber poseído en ningún momento la cosa (a fin de rechazar la pretendida usucapión de éstos) y, a la vez, estimar la acción reivindicatoria. (STS de 10 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Gerencia Municipal de Urbanismo del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid promovió demanda contra varios particulares, ejercitando, entre otras, una acción declarativa del dominio de una finca, una acción reivindicatoria de la posesión de la misma, y una acción de rectificación de lo inscrito en el Registro de la Propiedad. Por su parte, los demandados alegaron que ellos eran los verdaderos propietarios y legítimos poseedores pues adquirieron la finca por usucapión (al parecer, usucapión extraordinaria). En primera ins-

tancia se estimó la demanda, pero la Audiencia, revocando la anterior, estimó el recurso y absolvió a los demandados. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

51. Artículo 16.4 LPH: plazo para impugnar los acuerdos de la Junta.—El plazo de treinta días recogido en dicho precepto es de caducidad.

Prescripción y caducidad. Diferencias.—La prescripción descansa en la presunción de abandono de su titular, es estimable sólo a instancia de parte y susceptible de interrupción.

La caducidad, sin embargo, encuentra su fundamento en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico, opera por el mero transcurso del tiempo y no es susceptible de interrupción.

Recurso de casación. Planteamiento de una cuestión nueva.—El planteamiento de una cuestión nueva es repudiable en casación pues las cuestiones nuevas afectan al derecho de defensa porque se han debido introducir en el proceso en su momento, conforme a los principios de eventualidad y preclusión. Su admisión iría, además, en contra de los principios de audiencia bilateral y de congruencia.

Doctrina de los actos propios.—El principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite de un derecho subjetivo o de una facultad, que tiene su fundamento en el principio de buena fe y de la exigencia de observancia de una conducta coherente dentro del tráfico jurídico.

Para su apreciación es necesario que concurren los requisitos o presupuestos que exige la doctrina: *a*) que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectante a su autor; y *b*) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente.

Abuso de derecho. Requisitos.—Los elementos esenciales para apreciar abuso de derecho son los siguientes: *a*) uso de un derecho objetivo y externamente legal; *b*) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; *c*) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva u objetiva. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

El abuso del derecho no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio del derecho está garantizada por precepto legal. (STS de 2 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un local comercial postulan la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta General celebrada el 28 de abril de 1992 así como de la Junta General Extraordinaria de 23 de noviembre de 1992. La demanda fue interpuesta el 11 de mayo de 1993, pues dichos acuerdos fueron conocidos el 2 de abril de 1993.

En concreto, los acuerdos impugnados eran los siguientes: en primer lugar, aquel por el que se estableció el corte de suministro para todos los locales a partir de 1 de enero de 1993, lo cual requería llevar a cabo una alteración de elementos comunes. En la deman-

da se aducía como causa de nulidad de dicho acuerdo la necesidad de la unanimidad de todos los propietarios para el mismo, mientras que en el recurso de casación, interpuesto por los demandantes, se aducía como causa de nulidad que la obra resultante del acuerdo debía ser costeada por todos los propietarios.

En segundo lugar, el acuerdo de tapiar todas las salidas de humos ilegales entre las que se incluía la salida de humos que los demandantes venían utilizando desde hace veinte años sin oposición del resto de los copropietarios. (B. F. G.)

52. Legitimación activa de las entidades de gestión.—Según el artículo 135 LPI de 1987, las entidades de gestión, una vez que están constituidas, tienen legitimación para hacer valer los derechos confiados a su gestión en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos. En esta labor se incluyen aquellos derechos cuya gestión constituye el objeto de su actividad, conforme a los Estatutos que las rigen y no conforme a los concretos derechos individuales, en virtud de contratos con los titulares. Así, la SGAE posee legitimación activa para defender en juicio los derechos a los que se extiende su actividad.

La STS de 18 de diciembre de 2001 reconoce la legitimación de la SGAE, exigiendo únicamente la aportación de dos documentos: la autorización administrativa que habilite la gestión y los Estatutos debidamente aprobados. Esta decisión la apoya el TS en los artículos 24 CE y 7 LOPI, al referirse a intereses legítimos y colectivos.

El derecho de comunicación pública en el ámbito hotelero.—En la S de 17 de enero de 2002, el TC declara inconstitucional el artículo 357 LECr, considerando las habitaciones de los hoteles como domicilios a efectos constitucionales, ya que conforman ámbitos donde los huéspedes desarrollan su privacidad. El artículo 20.1 LPI declara que no se considerará el acto de comunicación como público cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (se trata de dos requisitos cumulativos). Indudablemente las habitaciones de los hoteles reúnen esta condición, pues en dichas dependencias desarrollan las personas actividades inherentes a su intimidad y personalidad, como si se tratase de sus propios domicilios, al corresponder a espacios exclusivos y excluyentes para los demás. No hay comunicación pública cuando en la habitación de un hotel se contempla la televisión o se escucha la radio utilizando aparatos instalados en la misma para el disfrute del cliente. Por tanto, los actos de difusión en dichos espacios de contenidos protegidos por la propiedad intelectual, no constituyen actos de comunicación pública, sino actos de recepción. (STS de 24 de septiembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El establecimiento hotelero *Taurito Princess* viene comunicando públicamente dentro de sus dependencias obras musicales gestionadas por las entidades demandantes, la SGAE y la AGEDI. Éstas pretenden el cese inmediato de dichas comunicaciones hasta que no se obtengan las debidas autorizaciones, así como una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por las demandantes. Dicha decisión es recurrida por el establecimiento hotelero en apelación, donde la Audiencia Provincial dicta sentencia estimando el recurso y desestimando la demanda de la SGAE y la AGEDI. Finalmente, éstas acuden a la casación y el TS declara haber lugar en parte al recurso, confirmando la sentencia de primera instancia pero excluyendo la indemnización de daños y perjuicios por las comunicaciones públicas.

NOTA.—La LPI de 1987 ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado posteriormente por la Ley 5/1998, de 6 de marzo. Actualmente, en lo referente a la comunicación pública hay que acudir al artículo 20 y al artículo 150 para la legitimación activa de las entidades de gestión. (S. L. M.)

53. Interpretación de los contratos.—En relación con el artículo 1281.1.º CC, el TS ha dicho que debe prevalecer la interpretación realizada por el Juez de instancia aun cuando existan dudas sobre su bondad o sobre su exactitud rigurosa.

La función social de la propiedad.—Conforme a una asentada jurisprudencia del TC y del TS (SSTC de 26 de octubre de 1995 y de 20 de marzo de 1997; y SSTs de 15 de diciembre de 1992 y de 29 de enero de 1999) la función social configura el régimen de la propiedad privada (art. 33.1 CE). Esta función social permite establecer en el ámbito civil una serie de límites y limitaciones. Los límites, que son de origen legal (art. 33.2 CE), se consideran como elementos que ayudan a determinar y concretar el contenido y la esencia del propio derecho; no restringen ninguna facultad del derecho a que se refieren y no precisan de acto constitutivo. Los límites fundamentales al derecho de propiedad son: la función social, la buena fe, el no abuso de derecho... En cambio, las limitaciones, sin llegar a restringir las facultades, sí delimitan el contenido del derecho en determinadas circunstancias y para determinadas personas; tres notas las cualifican: son de carácter obligatorio, obedecen a la idea de «necesidad» y sí necesitan de un acto constitutivo concreto (pudiendo ser convencional). Las limitaciones legales están establecidas fundamentalmente en el ámbito de las relaciones de vecindad (éstas se caracterizan por la nota de la reciprocidad). Dentro de las limitaciones se encuadran las servidumbres forzosas.

Distintas a los límites y a las limitaciones están las cargas y gravámenes, que se establecen con la naturaleza de restricciones a las facultades de los derechos, fundamentalmente beneficiando a un titular de un derecho en perjuicio de otro. Las servidumbres voluntarias pertenecen al campo de la autonomía privada y no son «límites» ni limitaciones legales, sino gravámenes sobre fincas a favor de otras fincas (servidumbres reales, art. 530 CC) o de personas (personales, art. 531 CC). Su fundamento no es la necesidad, como en el caso de las limitaciones legales, sino la utilidad, en el sentido de beneficio o comodidad. El artículo 594 CC establece un amplio margen de actuación para la autonomía privada en materia de servidumbres, pero no pueden ser contrarias a las leyes ni al orden público. Pueden convenirse para alcanzar soluciones similares a las forzosas en sede de relaciones de vecindad, pero quedan fuera del ámbito de la construcción legal y obedecen a la autonomía

de voluntad de los interesados (SSTS de 3 de noviembre de 2000, de 9 de marzo de 2001, entre otras).

Cuando nos encontramos ante un supuesto perteneciente al derecho voluntario de vecindad y que no está sujeto a ninguna restricción derivada del derecho necesario del planeamiento urbanístico, los afectados pueden establecer los gravámenes prediales en atención a sus intereses.

Requisitos para la constitución de servidumbres voluntarias.—Para la constitución de las servidumbres voluntarias, es preciso la voluntad inequívoca de los otorgantes en tal sentido en el contrato de compraventa del inmueble gravado, ya que en caso de duda operará la presunción de libertad del fundo. Además, el TS ha entendido en numerosas ocasiones que no es necesaria la inscripción de la servidumbre para que sea eficaz frente a terceros, siempre que sea ostensible y no quepa duda de su existencia; su apariencia exterior ya le atribuye publicidad.

Régimen jurídico de la servidumbre *altius non tollendi*.—La servidumbre *altius non tollendi*, que constituye un límite al *ius edificando*, está sujeta en primer lugar al título de constitución y subsidiariamente al régimen de las servidumbres voluntarias (STS de 9 de marzo de 2001).

Elementos configuradores de los *iura in re aliena*.—Los elementos de los *iura in re aliena* son tres: a) un gravamen que consista en una abstención o prohibición en beneficio de otros predios; b) la utilidad que supone para todos los interesados; c) la permanencia.

Transmisión de la servidumbre.—La servidumbre supone un gravamen real que se transmite con la finca gravada (art. 534 CC), es decir, limita la libertad contractual de los otorgantes y de los «sucesores a título universal» (herederos). Tiene una eficacia *erga omnes*. (STS de 19 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Alconde, S. A.*, adquiere a la entidad mercantil *Compañía Hotelera Bikini, S. A.*, que a su vez había sido comprada de don A. S. M., una porción de terreno con el objeto de construir bloques de apartamentos. La Asociación de propietarios y vecinos de Portals Nous y Bendinat interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia con el objeto de que la entidad *Alconde, S. A.*, se sujete a las condiciones y pactos establecidos en la primera inscripción de la finca matriz, según las cuales únicamente puede construirse un edificio destinado a casa-vivienda. Según la perspectiva de la demandada, esos pactos constituyen una mera obligación personal de quienes los establecieron, sin trascendencia real, y no le vinculan. El objeto del pleito consiste en dilucidar el carácter obligatorio, frente a posteriores compradores, de las condiciones particulares de la Urbanización de Bendinat, impuestas por los primeros urbanizadores, don R. B. F. y don J. M. L., a los primeros compradores, don L. R. M. y doña M. L. D. P. L. B., y entre las que se encuentra una servidumbre *altius non tollendi*.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta por la Asociación de propietarios y vecinos de Portals Nous y Bendinat, decisión frente a la cual se recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y estima íntegramente la demanda. El TS, en casación, declara no haber lugar al recurso promovido por la entidad mercantil *Alconde, S. A.* (S.L.M.)

54. Formas de organización de la servidumbre de acueducto.—La servidumbre de acueducto es aquella servidumbre forzosa, continua y aparente, por la cual todo el que quiera servirse del agua para una finca suya o evacuar los sobrantes tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, previa la correspondiente indemnización. Puede ser de carácter forzoso (art. 557 CC), pero el TS también admite que se origine por prescripción y por convenio entre las partes (STS de 26 de junio de 1981), pues en estos casos existe un efectivo acto jurídico creador. En todo caso se requiere la ocupación efectiva de la parte correspondiente de la finca por la que se pretende que pasen las aguas (art. 558.2.º CC).

Extensión de la servidumbre.—El artículo 560 CC permite al titular del predio sirviente cerrar y cercar el acueducto, así como edificar sobre el mismo pero siempre que el mismo no sufra ningún perjuicio. Sin embargo, ese mismo precepto también le impone el deber legal de no impedir que se realicen las labores de limpieas necesarias y reparaciones que el mantenimiento del acueducto exija, lo que lleva implícito el derecho de paso por sus márgenes para el exclusivo servicio del mismo, presentándose como derecho inherente al del aprovechamiento con las aguas (SSTS de 18 de enero y 28 de noviembre de 1995, y de 7 de diciembre de 1979). Señala el TS que la instalación de un muro y valla protectora en el predio sirviente no dificulta las labores de mantenimiento de la acequia, ya que permiten el paso por la misma y también su acceso por la margen contraria. (STS de 10 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Heredad de Los Corralillos de Agüimes tiene constituida desde hace mucho tiempo, como predio dominante, una servidumbre de acueducto que discurre por el inmueble de los demandados y, en consecuencia, un derecho de paso libre para la limpia y reparaciones necesarias del riego en ambos márgenes del tramo de acequia. Los demandados establecieron una valla junto al margen izquierdo de la acequia de la Heredad demandante, por lo que la parte actora solicita el retranqueo de la valla a costa y cargo exclusivos de doña M. R. L. M. y don J. R. H., para dejar libre el paso sobre dicho tramo.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda de la Heredad de Los Corralillos, frente a lo cual recurren los demandados M. R. L. M. y J. R. H. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Es por esto por lo que la parte actora interpone recurso de casación, que es desestimado en atención al artículo 560 CC. (S. L. M.)

55. Concepto de cesión de crédito.—La cesión de crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito, supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria, como han destacado las SS de esta Sala de 15 de noviembre de 1990 y 22 de febrero de 1994. Cuya cesión es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del CC y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1526 y siguientes del mismo cuerpo legal, como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa.

Concepto de prenda sobre derechos.—La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda.

Concepto de autonomía de la voluntad.—El principio de autonomía de la voluntad es uno de los pilares del Derecho civil y es esencial en el campo del Derecho de obligaciones: el artículo 1255 del CC así lo proclama explícitamente y la jurisprudencia lo ha destacado (así, la S de 19 de septiembre de 1977). En virtud del mismo, los sujetos pueden celebrar o no un negocio jurídico y pueden determinar su contenido.

Cabe la prenda sobre derechos de crédito.—Cabe la prenda sobre derechos de crédito y así lo ha reconocido reiteradamente esta Sala en SS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de noviembre de 1999, 25 de junio de 2001. (STS de 26 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, —demandada y recurrida en casación— y *Vocedisc, S. L.*, celebraron contrato de seguro por el que la primera aseguraba a la segunda el riesgo de pérdida por insolvencia de clientes. *Vocedisc, S. A.*, constituye dos derechos de prenda sobre los créditos que pudieran nacer del contrato de seguro en garantía de dos préstamos recibidos de la demandante y recurrente en casación, *Bancaja*. *Bancaja* notifica notarialmente a la aseguradora la constitución del derecho de prenda. Insatisfechos los préstamos garantizados y producida la insolvencia definitiva de un cliente de *Vocedisc, S. A.*, *Bancaja* requiere notarialmente de pago a la aseguradora para reclamarle posteriormente la cantidad asegurada por vía judicial. *Credito y Caución* se opuso pero el Juzgado de Primera Instancia accedió a lo pedido. La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó la sentencia por entender que no hubo cesión del crédito «pues no cabe prenda sobre derecho de crédito». El TS declara no haber lugar al recurso de casación no sin antes dejar sentado que «cabe prenda del derecho de crédito, son aceptables los motivos del recurso de casación, y no procede casar cuando se llega a la misma conclusión que la sentencia recurrida, pero por argumentación distinta». (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

56. Sociedad de gananciales. Principio de equivalencia o mantenimiento del carácter de los bienes.—Si un bien se aportó al matrimonio como privativo de un cónyuge o se adquirió luego como ganancial, ha de mantenerse dicho carácter al disolverse la sociedad, aun cuando haya experimentado una transformación plusvalorativa o mejora.

Sociedad de gananciales. Principio de equivalencia entre la causa y efecto de la plusvalía.—Si por un proceso de transformación mejorativa (plus-

valfa interpuesta) existe diferencia entre el valor del bien en origen al aportarlo o adquirirlo (según sea privativo o común) y el valor final liquidatorio al disolverse la sociedad, el citado principio de equivalencia conduce a que la causa determinante del cambio se corresponda con el efecto económico producido.

De este modo, si el dinero privativo de un cónyuge (causa) determina la mejora de un bien privativo o común (efecto), la parte mejorada corresponde al titular del dinero; y si esa mejora se embebe o incorpora al bien de carácter dispar (esto es, si el dinero privativo mejora un bien común) el titular privativo tendrá derecho al resarcimiento económico.

Sociedad de gananciales. Sistema de reembolsos.—Cuando por razones de política legislativa la norma innova el carácter del bien transformado, configurando un primitivo bien privativo como común pero mejorado, habrá de compensarse al titular particular, en cierto modo expoliado, abonando el valor de dicho bien, o concediendo una expresa acción de reembolso o reintegro del valor satisfecho a costa del caudal propio. Dicho reintegro ha de ser íntegro y no nominalista, pues se actúa bajo el sistema del valor real en el momento en que se produzca el reembolso o la afectación en los resultados liquidatorios de la masa común.

Sociedad de gananciales. Principio de equilibrio patrimonial y juego de la subrogación real.—Cuando aparece un cambio íntegro de un bien por otro, el objeto patrimonial incorporado ha de mantener el carácter del que trae causa de forma directa o indirecta. Y así, la subrogación real se produce, tanto si se aporta un bien privativo y durante el matrimonio se permuta por otro, como si, a título de ejemplo, se adquiere dinero a título gratuito y luego se invierte en la adquisición de un bien, o se vende el privativo y con su importe se adquiere otro.

Sociedad de gananciales. Calificación de un bien como ganancial.—Existen tres medios por los que un bien puede calificarse de ganancial: en primer lugar, a través del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges (comunidad de esfuerzos); en segundo lugar, en razón al carácter principal de los bienes del matrimonio y a la exigencia de subvenir a las cargas del mismo, que provocan la accesoriedad de los frutos derivados y su imputación a esas cargas (comunidad en el sostenimiento de la sociedad); en tercer lugar, dentro de las adquisiciones a título oneroso en el amplio juego de la subrogación real, todos aquellos bienes obtenidos o realidades económicas creadas merced a recursos comunes (comunidad en el costo).

Sociedad de gananciales. Responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por un cónyuge.—No tiene lugar cuando el acto del que se deriva la deuda excede de la administración ordinaria de los bienes privativos (art. 1365.2 CC).

Sociedad de gananciales. Artículo 1361 CC: presunción *iuris tantum* del carácter ganancial de los bienes existentes en el matrimonio.—Esta presunción alcanza, no sólo a los bienes, sino también a las inversiones de fondos y mejoras en bienes privativos, salvo prueba en contrario.

Acciones de nulidad y de rescisión.—La acción de nulidad persigue la invalidez del acto o contrato, mientras que la de rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado y sus consecuencias.

Confusión.—La confusión *ex* artículo 1192 CC supone que el acreedor coincide con el deudor sobre la misma suma debida. (STS de 26 de septiembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 14 de marzo de 1993 fallece don M. T. R., casado con C. S. F. y sin ascendientes ni descendientes. Por testamento abierto, M. T. R. había instituido herederos por partes iguales a sus tres hermanos de vínculo sencillo, M. D., M. P. y A. E. M. R., y había dispuesto dos legados, uno en favor de su esposa y otro en favor de su sobrino.

Como consecuencia del fallecimiento de M. P. M. R. sin sucesión y de la renuncia de M. D. a la herencia de M. T. R., A. E. M. R. queda como único heredero.

Mediante escritura pública de 30 de julio de 1993, rectificada el 15 de septiembre siguiente, los albaceas contadores partidores designados en testamento con las más amplias facultades, entre ellas las de liquidar la sociedad conyugal, llevaron a cabo la protocolización de las operaciones particionales al fallecimiento del causante.

A. E. M. R. ejercita la acción rescisoria del artículo 1074 CC contra la viuda, C. S. E. En el pleito se discute la liquidación de la sociedad conyugal del causante con adjudicación de bienes al cónyuge superviviente en pago de su haber. En concreto, los actos objeto de discusión son: *a*) la subvención a fondo perdido y el préstamo para la plantación de olivos en fincas privativas del causante, otorgados por el IRIDA; *b*) dos plantaciones de olivos en fincas privativas del causante; *c*) importe por la venta de bienes privativos del causante. (*B. F. G.*)

57. Sociedad de gananciales. Artículo 1361 CC: presunción *iuris tantum* del carácter ganancial de los bienes existentes en el matrimonio.—Esta presunción constituye un medio de prueba, por lo que opera en las cuestiones de hecho pero no en las cuestiones de derecho. Ello quiere decir que se presume que hubo algún hecho adquisitivo suficiente para la atribución de determinado bien a la sociedad de gananciales pero no que cualquier hecho adquisitivo demostrado tiene como efecto jurídico la atribución del bien al patrimonio ganancial.

Sociedad de gananciales. Artículo 1346.2 CC: carácter privativo de los bienes adquiridos después del matrimonio a título gratuito.—La razón de dicha regla es que en la causa de esta atribución no ha concurrido la conducta participativa del otro cónyuge, sino la exclusiva contemplación de la persona del atribuido en la voluntad del atribuyente.

Sociedad de gananciales. Artículo 1359 CC: carácter ganancial del crédito por el incremento de valor experimentado por los bienes privativos como consecuencia de la inversión en ellos de bienes comunes.—Dicho precepto se refiere a una mejora de gestión que provenga de un constante trabajo, celo o mejor explotación del bien privativo, tanto porque su coste sea común, como porque provenga de la actividad del cónyuge no propietario.

Partición hereditaria. Artículo 1063 CC: obligación de los coherederos de abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios.—El TS critica la expresión legal «deben abonarse recíprocamente en la partición», referida a los coherederos, pues considera que la responsabilidad no es entre los coherederos, sino entre los herederos y la herencia, ya que se tratará en su caso de aportaciones a la masa todavía partible o de valores a deducir de la misma.

En cuanto a los frutos, el precepto parece referirse a todos los frutos del artículo 354 CC, aunque algunos autores parecen limitarlos a los naturales y civiles. Se trata, en cualquier caso, de los frutos percibidos, es decir, de los producidos y devengados desde el día en que se abrió la sucesión, tanto del caudal relicto del causante como de los bienes sujetos a colación (art. 1049 CC).

Partición hereditaria. Artículo 1063 CC: obligación de los coherederos de abonarse recíprocamente en la partición las impensas útiles y necesarias hechas en los bienes hereditarios.—El importe del crédito depende de la existencia o inexistencia de acuerdo entre los herederos; en el primer caso, el crédito comprende el importe íntegro, mientras que en el segundo el crédito lo es sólo por el importe útil.

El gasto debe ser resarcido aun en la hipótesis de que, siendo necesario o debiendo proporcionar utilidad, por caso fortuito no resultase provecho para la herencia. (STS de 25 de julio de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Se trata de la demanda interpuesta por dos herederos contra el resto de los coherederos solicitando la nulidad del cuaderno particional de la herencia de su causante y, subsidiariamente, la rescisión de las operaciones divisorias realizadas por el contador. En concreto, se discute el carácter ganancial de la finca adquirida por sucesión del padre de un cónyuge. (B. F. G.)

58. Filiación: restricciones a la acción de reclamación.—La DA 7.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, determina que cuando el progenitor cuestionado ha muerto al entrar en vigor la citada Ley, las acciones de filiación deberán regirse exclusivamente por la legislación anterior. La doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 29 de febrero de 1990, 20 de diciembre de 1991, 28 de diciembre de 1992 y 16 de diciembre de 1994) afirma que la acción de reclamación de filiación le corresponde al hijo durante toda su vida, y por ello el TC ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 CC en su redacción anterior a la mencionada Ley, ya que no es admisible la restricción del plazo de ejercicio de esta acción que el citado artículo imponía en el supuesto de los denominados hijos ilegítimos o adulterinos.

Garantías procesales: interpretación espiritualizada del artículo 127.2 CC.—Es consolidada la interpretación jurisprudencial (entre otras, SSTs de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de abril y 28 de mayo de 1994, 3 de septiembre de 1996 y 30 de octubre de 1998) que establece que el párrafo II del artículo 127 CC sólo es un filtro para impedir demandas completamente infundadas. Es necesario hacer una interpretación espiritualizada del artículo, en el sentido de que basta con que en la demanda haya un principio de prueba, para así poder llevar a cabo el control de razonabilidad de la misma. (STS de 13 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía en la que la actora solicita que se reconozca la filiación no matrimonial de sus hijos.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y declara la paternidad extramatrimonial de don A. M. G., ya fallecido. Tras la interposición del correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, y confirma la senten-

cia de instancia. El TS en casación declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el artículo 127 CC ha sido derogado por su DD única. Actualmente las disposiciones relativas a los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad se regulan en los artículos 764 a 768 de la citada Ley. (S. E. M.)

59. Filiación: caducidad de la acción de impugnación de la paternidad.—La jurisprudencia del TS distingue los plazos de caducidad previstos en los artículos 136 y 141 CC para las acciones de impugnación de la paternidad. Afirma el TS que el plazo de caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, que prevé el artículo 141 CC para la acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación, no es aplicable a los supuestos de presunción legal de paternidad (art. 116 CC). Para estos últimos casos, el artículo 136 CC sólo admite como posibilidad de impugnación de la paternidad el ejercicio de la correspondiente acción en el plazo de un año a partir de la inscripción en el Registro Civil, supeditando el principio de la realidad biológica al de estabilidad familiar. Destacan en este sentido dos sentencias emblemáticas del TS de 20 de junio de 1996 y de 31 de diciembre de 1998, si bien existe una sentencia disconforme que no constituye doctrina (STS de 30 de enero de 1998).

Principio *iura novit curia*.—Según reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTs de 30 de diciembre de 1993, 18 de marzo de 1995 y 4 de julio de 1996), así como del TC (STC de 21 de febrero de 1989 y 20 de julio de 1993), este principio no impide a los Jueces y Tribunales desvincularse de los razonamientos jurídicos presentados por las partes ni tener en cuenta los que resultan de aplicación para resolver el pleito. (STS de 26 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda en juicio de menor cuantía sobre filiación, impugnando la filiación paterna de los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de impugnación de paternidad formulada, y estima la excepción de caducidad de la acción alegada por el Ministerio Fiscal. Apelada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación planteado, revoca la sentencia de instancia, y niega por ello la paternidad del demandante. Interpuesto recurso de casación, y tras un nuevo informe del Ministerio Fiscal, el TS declara haber lugar al recurso, y confirma íntegramente la sentencia de instancia. (S. E. M.)

60. Filiación: negativa a la realización de la prueba biológica.—La doctrina constitucional sobre la prueba biológica de paternidad (SSTC 7/1994, de 17 de enero, y 95/1999, de 31 de mayo), al igual que la jurisprudencia del TS, es clara en relación a este problema: las partes tienen la obligación de facilitar la prueba que haya sido acordada por los órganos jurisdiccionales. La negativa a la práctica de la prueba biológica, en aquellos supuestos en los que el resto de elementos probatorios son insuficientes, atenta contra el

derecho a la tutela judicial efectiva de quien ejercita la acción de reclamación de la filiación, provocando una clara indefensión a dicha parte. Por ello, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva para determinar la filiación, será quien sufra la carga de soportar la falta de la misma, de manera que se podrá declarar por esta vía la paternidad correspondiente. (STS de 20 de septiembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. O. C., en representación de su hijo menor de edad, interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don M. J. C. solicitando se declare la filiación no matrimonial.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, y confirma la sentencia de instancia. El TS, tras el informe del Ministerio Fiscal apoyando el recurso de casación, declara haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia, por lo que casa y anula la misma, estimando la demanda y declarando la filiación no matrimonial del menor representado. (*S. E. M.*)

61. Derecho de comunicación de los abuelos, tíos y primos de la línea materna con los nietos al fallecer la madre: interés de los menores.—La comunicación personal de los abuelos y otros parientes con los menores, que prevé el artículo 160, párrafo II CC es siempre enriquecedora para éstos y no puede, ni debe, limitarse a los pertenecientes a una sola línea, en este supuesto, la paterna, y más cuando se declara probado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que en este caso la relación de los actores con las niñas no había sufrido un deterioro directo, al morir la madre, sino indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, por lo que si se observan las cautelas establecidas en aquélla, ha de resultar beneficiosa para las menores, como lo eran ya antes de morir la madre, y si además se siguen los criterios de progresividad recogidos en los informes periciales del psicólogo, bajo el control del equipo técnico adscrito al Juzgado.

Causa obstativa al régimen de visitas.—Las malas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir, en principio, en la concesión del régimen de visitas, pues es bien sabido que las relaciones entre los padres cuando se separan, o divorcian, en muchos casos no son buenas, y sin embargo este hecho no puede afectar al régimen de visitas de los hijos. En el presente caso la animadversión se manifiesta especialmente en el padre, que llega a admitir que antes de la muerte de la madre de las menores, despreciaba a la familia de su mujer, y si tenía relación con ellos era para complacer a su esposa, y después de la muerte de ésta detesta al abuelo materno; posición anímica del padre que le hace árbitro de la relación del derecho de comunicación, pues bastaría que siguiera detestando a sus suegros para que éstos no pudieran nunca comunicarse con sus nietos.

Medidas judiciales cautelares en el régimen de visitas.—Sobre la perniciosa influencia que los abuelos maternos puedan ocasionar a las niñas sobre las posibles versiones manipuladas que puedan hacer llegar a éstas sobre la muerte de su madre, que hagan al padre responsable directo de la misma, aun entendiendo que se trata de un temor fundado, se puede obviar este inconveniente estableciendo medios correctores, como con criterio muy ponderado se

hizo en la sentencia de primera instancia, imponiendo la posibilidad de la suspensión o mayor limitación del régimen de visitas, apercibiendo previamente de ello a los actores, de la obligación que contraen de evitar en todo momento ante las niñas cualquier alusión que haga recaer ante el padre la responsabilidad de la muerte de la madre. (STS de 20 de septiembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta sentencia (Pte.: De Asís Garrote) se une a la recaída anteriormente (SSTS de 7 de abril de 1994, 11 de junio y 17 de septiembre de 1996 y 11 de junio de 1998) con el resultado de consolidar el derecho de visita entre abuelos y nietos (así NAVARRO CASTRO comentando la sentencia extractada en *CCJC*, 62, septiembre-octubre de 2003, pp. 461-469; cfr. también el amplio comentario jurisprudencial de Marta SALANOVA a la STS de 1994, en *ADC* 1996, p. 801 ss). El supuesto de hecho aquí contemplado —igual que en la sentencia de 1994— es uno de los típicos: padre viudo que prohíbe a sus dos hijas menores que se comuniquen con los padres de la madre, tíos y primos por línea materna, aunque acaso podría decirse que el supuesto más frecuente sea el derivado del divorcio de los padres. Tratándose de una figura cuyo desarrollo se confía a la prudente decisión del Juez (en general, vide la completa monografía de RIVERO HERNÁNDEZ, Barcelona, 1997) se comprueba que la *amplitud* con que aquí lo otorga el Juzgado de Primera Instancia es menor del que suele concederse a los padres (un fin de semana cada mes, cinco días durante la Navidad, tres en Semana Santa y quince durante el verano). La demanda se interpone también en nombre de tíos y primos de las menores; la estimación del recurso plantea la duda de si —con base en la sentencia— cualquiera de aquellos parientes podrá pedir *individualmente* ejercer el derecho de visita; razonablemente cabe pensar que tal derecho se otorga unitariamente al conjunto (lo contrario podría vaciar de contenido la patria potestad del padre). La razón que éste opone, estimada por la Audiencia Provincial en su sentencia de segunda instancia, es la enemistad declarada entre aquél y la familia de su fallecida esposa, la cual existía ya antes del óbito y se recrudeció después (hasta el punto de culpar al marido por la muerte de su esposa). Con toda razón responde la sentencia que tal enemistad suele darse también en los casos de divorcio, sin que ello obste a la visita que se ejerza por cualquiera de los excónyuges, y, sobre todo, que las menores son ajenas en principio a aquélla, resultando, por el contrario, beneficiadas por el derecho de comunicación con los abuelos y allegados. El TS razona, sin embargo, si tal enemistad puede configurar la *justa causa* del artículo 160. II CC; con acierto desenmascara la postura del padre que vendría a convertirse en árbitro de tal derecho; por otro lado aprueba, por su prudencia, la cautela aprobada por el JPI al ordenar que intervenga de cerca el Equipo Técnico adscrito al Juzgado, así como la advertencia formal a los parientes de abstenerse de todo comentario ante las niñas deslizado la idea de haber sido el padre el culpable de la muerte de la madre. Ahora bien, desde que se dicta sentencia por el Juzgado de Primera Instancia hasta que se resuelve el recurso de casación transcurren siete años, y las niñas habrán dejado de serlo (¿manipuladas por su progenitor?), por lo

cual su punto de vista deberá ser tenido muy en cuenta para ejercer, en su caso, el derecho de visita, salvo que hayan llegado a la mayoría (pues se ignora la fecha de nacimiento); cabe preguntarse: ¿es plenamente justa y satisfactoria la sentencia ajustada a derecho pero dictada con notable retraso? ¿no habría que reservar un turno especial en la Sala 1.ª, a los asuntos familiares que no admiten dilación y cuyo retraso puede acarrear graves distorsiones a los justiciables (por ejemplo madre biológica que tiene derecho a recuperar a su hijo dado indebidamente en acogimiento o adopción; litigios sobre educación de menores, etc.)? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

62. Revocación testamentaria tácita.—El TS afirma la posibilidad de que un testamento ológrafo posterior revoque tácitamente un testamento abierto anterior, postura que tiene su base en el artículo 739 CC que establece la admisibilidad de tal tipo de revocación.

También manifiesta el Tribunal que la facultad soberana para interpretar las disposiciones testamentarias le corresponde a la Sala de instancia (STS de 27 de febrero de 1997) y que, por este motivo, para destruir una conclusión judicial presuntiva es necesario demostrar que el Juez o Tribunal, al establecer el nexo o relación causal, ha seguido un camino erróneo, que conduce a una conclusión ilógica y contraria al buen criterio (por todas la STS de 23 de enero de 1935). (STS de 12 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña S. K. formula demanda contra doña H. E. J. K. en juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que se declare que el testamento otorgado por su marido don S. H. K. ante Notario, por el que se instituía heredera a su esposa doña H., ha sido revocado por el otorgado posteriormente en Berlín en el que se instituye a la primera heredera universal (al ser su última esposa).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta y absuelve a la demandada de todos los pedimentos. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima, revoca la sentencia de instancia y estima íntegramente la demanda interpuesta declarando a la actora como legítima heredera. El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia dictada por la Audiencia. (S. E. M.)

DERECHO MERCANTIL

63. Las Directivas comunitarias carecen de eficacia directa.—En cuanto a la aplicación de la citada Directiva, sobre coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, dice la S de 24 de julio de 2002: «que una Directiva de la Comunidad Económica Europea no constituye derecho interno estatal, no necesita

de mayores argumentaciones» y así la S del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1994 afirmaba que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a partir de la S de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/85), apartado 48, que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en calidad de tal, contra dicha persona», y así lo declara esta Sala en S de 18 de marzo de 1995 según la cual «conviene afirmar que la aplicación de las Directivas a los Estados comunitarios, como reconoce la doctrina, no deja de plantear serios problemas, en posición de generalidad teórica, ya que las Directivas no son de aplicación directa (art. 189 del Tratado de la Comunidad Europea, que aunque contiene el vocablo “obligará”, lo es en forma condicionada). Con ello su entrada en vigor no ocasiona su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en Derecho vigente y de obligado cumplimiento».

Contrato de distribución en exclusiva: cabe indemnización por clientela.—Como señala la sentencia de instancia, las relaciones contractuales que ligaban a actor y demandada integraban, unas, el contenido de un contrato de distribución en exclusiva y, otras, un contrato de agencia. Reconocida a favor del actor indemnización por clientela en cuanto al contrato de agencia, se le deniega respecto al contrato de distribución en exclusiva, afirmando la sentencia recurrida que «ninguna cantidad puede ser otorgada por el concepto de distribución en exclusiva, ya que con ello ningún cliente nuevo se aporta al empresario». De esta parca argumentación no queda claro si la denegación de la indemnización por este concepto se basa en no haberse probado aumento de clientela o aprovechamiento de la misma por el empresario o, por el contrario, en que en el contrato de distribución en exclusiva no procede, en general, indemnización por clientela, aunque ésta parece ser la postura adoptada por la Sala *a quo*.

La S de 22 de marzo de 1988, citada en la de 27 de mayo de 1993, señala la procedencia de la indemnización en los casos de revocabilidad de concesión en exclusiva sin límite temporal por la sola voluntad unilateral de uno de los contratantes cuando «la denuncia unilateral venga seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente». Y la S de 30 de octubre de 2000 afirma que «descartado que haya sido reprochable la actuación de la recurrente con la rescisión del contrato litigioso como causa determinante de la obligación reparatoria a su contraparte—circunstancia que en modo alguno se recoge en las instancias—, y que dicha rescisión no supone el contrato de distribución en exclusiva a que afecta es por tiempo indefinido, incumplimiento contractual por parte de quien decidió aquélla (S de 27 de mayo de 1993), la obligación reparatoria vendrá impuesta no por la extinción de los efectos del contrato sino por lo aportado y dejado en esa esfera de desenvolvimiento por el concesionario como sería la clientela creada o aumentada, y la pérdida que su desaparición lleva para él».

Sentado por la sentencia de primera instancia, sin que esto haya sido rectificado por la de segundo grado, que el actor creó una serie de clientes, antiguos, pequeños empresarios, que tras el cese de las relaciones han seguido comprando directamente a la demandada, es claro que se ha producido un aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor como tal, que debe dar lugar a la pertinente indemnización; en

consecuencia procede la estimación de este motivo tercero del recurso. (STS de 22 de abril de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En la demanda inicial formulada por don E. A. —recurrente en casación— se solicita la condena de la demandada *Sandeman Coprimar, S. A.*, al pago de determinadas cantidades en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por la resolución unilateral por *Sandeman Coprimar, S. A.*, de los contratos de distribución en exclusiva y de agencia que, en forma verbal y por duración indefinida, habían concertado las partes. La demanda fue estimada parcialmente concediéndose a la actora indemnización por clientela en la cuantía que procedió. Resuelto el contrato con efecto desde el 14 de marzo de 1992, don E. A. insiste en las instancias y en el recurso de casación en la aplicabilidad directa al caso de la Directiva 86/653/CEE del Consejo y de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia. Ha lugar en parte al recurso de casación, en el extremo relativo a la cuantía de la indemnización, que se incrementa al reconocer el TS que cabe indemnización por clientela en cuanto al contrato de distribución en exclusiva. (R. G. S.)

64. Incumplimiento de la obligación del vendedor en compraventa mercantil.—A diferencia de lo establecido en el artículo 1101 CC, el artículo 329 CCO no exige incumplimiento culpable o doloso de su obligación por el vendedor, sino que basta con que desatienda su prestación de entrega para que se origine el derecho del comprador a ser resarcido de los daños o perjuicios que con tal inobservancia se le hayan causado, sin que sea necesario requerimiento judicial o extrajudicial alguno para que el comprador pueda dirigir su acción en reclamación de los mismos; en efecto, desatendida por el vendedor su obligación de entrega, el artículo 329 CCO faculta al comprador para, a su elección, pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización, en ambos casos, de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado, los cuales, en todo caso, deberá acreditar (STS de 19 de septiembre de 1988).

El motivo omite que la sentencia recurrida manifiesta que el artículo 329 CCO no exige la indemnización de daños y perjuicios cuya existencia real no se haya acreditado, que es lo que parece pretender la demandada; la posición adoptada por la resolución de instancia es aceptada por esta Sala, habida cuenta de que, en este caso, falta la correspondiente demostración sobre la materia indicada. (STS de 11 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *Worthington, S. A.*, solicitó dos pedidos de material metalúrgico a *Fundiciones Metálicas, S. A.*, fijándose fecha de entrega. Tras varios aplazamientos el primer pedido fue servido sin que se pagara la factura. El segundo pedido no llegó a entregarse pues *Worthington, S. A.*, a la vista de los aplazamientos en esta segunda entrega, resolvió el contrato y se aprovisionó dirigiéndose a una empresa distinta. *Fundiciones Metálicas, S. A.*, reclama a *Worthington, S. A.*, el importe del pedido que le sirvió. El Juzgado acoge la demanda y en parte la reconvenición opuesta por la demandada, sobre la base de los perjuicios que le había cau-

sado el incumplimiento de la segunda entrega (*Worthington, S. A.*, tenía concertada la reventa del material con el Gobierno iraquí). La sentencia es parcialmente revocada por la Audiencia en el extremo relativo a las costas. No hubo lugar a la casación. (*R. G. S.*)

65. Contrato de suministro de balas de algodón: calificación: aplicación analógica de la normativa mercantil.—Para la resolución del litigio no resulta relevante si el contrato del caso es de suministro o de compraventa porque, aunque se trata de figuras jurídicas distintas, entendiendo la jurisprudencia, en sintonía con el artículo 1559 CC ital. 1942, que el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra *prestaciones periódicas o continuas* cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor (SSTS de 30 de noviembre de 1984, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992 y 2 de diciembre de 1996), y a pesar de que el supuesto del caso litigioso se aproxima más a la compraventa con prestación dividida mediante entregas sucesivas *aunque no periódicas y continuas* (en el mismo sentido STS de 3 de mayo de 1978), en cualquier caso, al tratarse el contrato de suministro de una figura atípica, carente de regulación positiva, le son aplicables, aparte de las normas imperativas y de las derivadas del pacto *—lex privata—*, con carácter preferente a las generales de los contratos y de las obligaciones, las del contrato de compraventa (con el que guarda afinidad según SSTS de 9 de mayo de 1959, 30 de noviembre de 1984, 10 de septiembre de 1987, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992, 2 de diciembre de 1996 y 7 de febrero de 2002), obviamente en aquellas cuestiones y aspectos en que existe una similitud. Como en el presente caso se da esa situación de semejanza, no se plantea ningún problema con la invocación de los artículos 325 y ss. CCO sin perjuicio del carácter preferente de la normativa recogida en el denominado *Reglamento o Contrato Barcelona* con base en el principio de la autonomía privada.

Mora creditoris.—El vendedor cumplió con la obligación de entregar la cosa vendida mediante la puesta a disposición (art. 339 CCO) y, por consiguiente, existió el incumplimiento del comprador al no hacerse cargo de la misma y pagar su precio. La entidad compradora no cumplió con su deber de colaborar a la realización de la prestación, y la infracción de esta carga *—imperativo del propio interés—* determina no sólo que se coloque en situación de mora (*mora accipiendi*) dada su condición de acreedor de la prestación, sino incluso en situación de incumplimiento como consecuencia de hacer imposible el cumplimiento por la otra parte.

Defectos del recurso.—No hay ninguna incongruencia, incoherencia, oscuridad o error en la argumentación de la sentencia recurrida. Si la entidad vendedora tiene que entregar en el domicilio de la compradora una mercancía y repetidamente se dirige a ésta para que señale la fecha de envío para llevarlo a cabo con el fin de evitar un *viaje en balde*, sin recibir respuesta alguna, la actuación de la vendedora es correcta y el cumplimiento de la obligación no tiene lugar por causa imputable a la compradora, y no se puede alegar infracción del artículo 339 CCO. Dado que la entidad vendedora intentó cumplir y no pudo hacerlo por causas imputables a la entidad compradora, no puede ésta invocar la *exceptio non adimpleti contractus* para paralizar la acción ejercitada.

Indemnización: prueba de los daños: cuantía: contrato tipo.—Las partes se han sometido a un tipo de contrato de suministro de balas de algodón denominado *Contrato Barcelona* en cuyos artículos 175 y concordantes regula la pérdida de las expectativas de venta o *refacturación*, y ello es prueba previa y suficiente de su existencia, de modo que resulta evidente el derecho indemnizatorio con independencia de su cuantía; esta última se basa en un Informe emitido por el Centro Algodonero Nacional, sin que se haya probado en el pleito error en la valoración de la prueba.

Caducidad pactada en las condiciones generales: interrupción.—Se invocan las condiciones generales del contrato pactadas conforme a las cuales la parte que ejercite el derecho de refacturación debe hacerlo dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en la cual el motivo de la refacturación ha sido conocido; pero se ignora que también disponen aquéllas que constituye un acto interruptivo, en materia de plazos, cualquier tentativa de ambas partes contratantes para llegar a un acuerdo amistoso del litigio. (STS de 13 de junio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre el contrato de suministro véase últimamente FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El contrato de suministro. El incumplimiento* (Madrid, 1992). La sentencia extractada acoge la doctrina general (véase RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ, *Elementos*, II-2, Madrid, 1999, pp. 64 ss.). La solución de esta S es plenamente de aprobar. Disuena algo la frase sobre *interrupción de la caducidad pactada* que la sentencia asume sin más en el 6.º FD, aunque evidentemente no se propone profundizar en la naturaleza de la institución invocada que, según doctrina mayoritaria, no es susceptible de interrupción, a diferencia de la prescripción propiamente dicha. (G. G. C.)

66. Interpretación de las cláusulas del contrato para calificarlo como aval a primer requerimiento.—Esta Sala entiende que es un aval a primer requerimiento. En el texto, antes transcrito, no se aclara perfectamente, pero ello es debido al Banco recurrente, autor del texto que podría haberlo redactado en forma más clara y no se puede beneficiar de la oscuridad, conforme a la regla *contra proferentem*, que es recogida en el artículo 1288 CC. En el encabezamiento se hace constar que el aval es «en concepto de garantía de cumplimiento del contrato...», lo que aparece como función objetiva, es decir, como causa del contrato. Pero en el texto, se obliga a cumplir el aval «bastando para ello notificación por parte del armador de dicha resolución de contrato notificada al astillero» y fija un plazo brevísimo, de dos semanas. De lo cual se deduce que la naturaleza es de aval, que se ejecuta bastando la notificación de la resolución del contrato, lo que no es otra cosa que aval a primer requerimiento. Si fuera fianza ordinaria hubiera exigido la comprobación del incumplimiento causante de la resolución.

Concepto de aval a primer requerimiento.—La jurisprudencia ha sido reiterada respecto al aval a primer requerimiento. El concepto es expresado por las SS de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000: es una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el

garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido no tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía. (STS de 5 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 16 de marzo de 1993 se celebró un contrato de obra entre el armador o comitente, *Lamprey Ltd.* que encargó la construcción de una embarcación al astillero o contratista *MEFASA*. En este contrato existía una cláusula de resolución si se incumplían determinadas obligaciones por parte del astillero y además se fijaba la cantidad de ciento doce millones de pesetas en concepto de penalidad. A su vez, el *Banco Exterior de España, S. A.*, avaló a *MEFASA* en concepto de garantía del cumplimiento del contrato suscrito, por importe de quince millones de pesetas, cantidad que debía satisfacer a *Lamprey Ltd.* en caso de incumplimiento del contrato por *MEFASA*, bastando para ello la mera notificación de la resolución del contrato por parte del armador. Entendiendo *Lamprey Ltd.* que el astillero había incumplido determinadas obligaciones del contrato, requirió al Banco para el pago del aval de quince millones, a lo que no accedió la entidad bancaria al considerar que no se trataba de un aval a primer requerimiento, sino de una fianza ordinaria. *Lamprey Ltd.* interpuso demanda contra el *Banco Exterior de España, S. A.*, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Avilés que estimó la excepción dilatoria de falta de legitimación activa planteada por el Banco y sin entrar en el fondo, absolvió a la entidad bancaria. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Oviedo revocó la sentencia de instancia y condenó a la entidad bancaria al pago de quince millones de pesetas al considerar que se trataba de un aval a primer requerimiento. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

DERECHO PROCESAL

67. Jurisdicción competente para conocer de la reclamación de cuotas de pago que exige el Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería al Colegio Oficial de una provincia.—La sentencia recurrida estimó la excepción de incompetencia y decidió la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer el pleito.

Aquí se trata de la reclamación de cuotas de pago obligatorio que efectúa la parte recurrente, Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería, al Colegio de Diplomados en Enfermería

de Valencia y no de impago de cuotas debidas por colegiados y reclamación directa a los mismos. Las referidas instituciones tienen consideración de Corporaciones de Derecho Público, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de 13 de febrero de 1974 (Ley 2/1974, de Colegios Profesionales), modificada por Ley de 26 de diciembre de 1978 y Ley de 14 de abril de 1997, así como el artículo 1 del Real Decreto 1856/1978, de 29 de junio que aprobó los Estatutos de la Organización Colegial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y así lo tiene declarado la doctrina constitucional (SS de 23/1984, 123/1987 –15 de julio–, 26/1988 y 120/2001, y jurisprudencia de esta Sala de 26 de septiembre y 26 de noviembre de 1998, y 13 de diciembre de 2000).

Al decidir qué jurisdicción es la competente para conocer el pleito que nos ocupa, es decir, si la civil –tesis de la recurrente–, o la contencioso-administrativa –que es la decisión que se integra en la sentencia recurrida–, hay que partir de que las cuotas reclamadas por el Consejo General al Colegio Provincial de Valencia, correspondientes a los años 1991 y 1992, habían sido aceptadas en Asambleas Generales, expresivas de la voluntad colegial, que aprobaron los presupuestos de ingresos y gastos para dichas anualidades, lo que conforman actuaciones administrativas, así como también las actividades llevadas a cabo en el ámbito de la gestión pública referente a la demanda y requerimiento de abono de las cuotas impagadas que se reclaman en este pleito (actuación administrativa positiva), ante la posición del Colegio demandado de no proceder a su pago (actuación administrativa de signo negativo). De este modo se cumple el presupuesto que exige el artículo 9, apartados 4 y 6, LOPJ, en concordancia con el artículo 1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 –aplicable–, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para decretar la competencia del orden contencioso-administrativo, que también encuentra apoyo legal del artículo 8.1 de la referida Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, que establece que los actos emanados de los Colegios y de Consejos Generales, en cuanto estén sujetos al Derecho administrativo y agotados los recursos corporativos, serán directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que fue tenido en cuenta en la S de 26 de noviembre de 1998, y la doctrina que sienta ha de tenerse en cuenta en proyección al presente caso, pues aquí, conforme queda estudiado, concurren actos administrativos emanados de órgano colegial o sujetos a la disciplina jurídico-administrativa.

La S de esta Sala de 30 de diciembre de 1986 contempla un supuesto que guarda semejanza con el presente, al tratarse de una reclamación de cuotas de un Consejo Superior a un órgano colectivo integrado, y vino a declarar, al tratarse de corporaciones de Derecho público enfrentadas y darse presupuestos debidamente aprobados, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y no la civil. (STS de 27 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.–El *Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería* acude al Juzgado de Primera Instancia reclamando las cuotas que el *Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Valencia* le adeuda. El Colegio demandado se opone y alega la excepción de incompetencia de jurisdicción que se acoge. La Audiencia Provincial desestima la apelación de la parte actora, quien ve rechazado su recurso de casación ante el TS. (R. G. S.)

68. Exoneración de responsabilidad de la sociedad contratista por la correcta adecuación de su actuar a las condiciones del contrato administrativo.—Hay que partir de la base indiscutida de que las actuaciones que dan origen a la demanda se inician como consecuencia de un contrato administrativo. Y se aprecia en la sentencia impugnada que la sociedad adjudicataria demandada es la autora material de las obras, bajo la dirección e instrucciones de la Administración General del Estado, sin que en la demanda de la recurrente, se haga alusión a hipotética culpa de la sociedad demandada y ha quedado demostrado, a través de la prueba practicada, que *Cubiertas y Mzov, S. A.*, nunca fue requerida o advertida de los hechos en cuestión por la recurrente en vía administrativa ni a través de interpelación extrajudicial. Como expresa la sentencia impugnada no se hace ninguna afirmación de que la contratista se desviase ni un ápice de las indicaciones referidas de la Administración con la que había suscrito un contrato administrativo.

Análisis de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece principios de la responsabilidad y en su apartado primero declara que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Lleva a cabo una unificación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a la interpretación conjunta de los artículos 142 y 143 de la Ley, en conexión con la supresión del párrafo quinto del artículo 1903 CC por Ley 1/1991, de 7 de enero, que excluye los daños extracontractuales del ámbito de la legislación civil. La permanencia de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, que como se ha expuesto no tiene lugar en este supuesto, también ha desaparecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, [artículo 2.ºe): el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) b) los contratos administrativos (...). e) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social]. Dicha unificación, como se alega en la oposición al recurso de la sociedad demandada, implica el reconocimiento expreso de la jurisdicción contencioso-administrativa como única jurisdicción competente para conocer de todas las acciones patrimoniales contra la Administración, es decir, tanto las que se deriven de daños causados en el ámbito de las relaciones de derecho público, como las relaciones de derecho privado. (STS de 4 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente* encargó la construcción de la autovía que une Vigo con la frontera portuguesa a la sociedad *Cubiertas y Mzov, S. A.* Dicha autovía cruzaba la línea férrea Monforte-Vigo, y por parte del Jefe de la demarcación de Carreteras del Estado en Galicia se pidió autorización a RENFE para proceder a las oportunas obras, autorización que se obtuvo en fecha 19 de noviembre de 1991. No obstan-

te, las obras de evacuación y limpieza de la vía férrea no se hicieron correctamente y después de los avisos que hizo RENFE a la Administración del Estado (requerimientos que fueron desoídos) se procedió por parte de la entidad ferroviaria a realizar las obras necesarias de reparación. Interpuesta demanda de reclamación de cantidad por los daños derivados de responsabilidad extracontractual por parte de RENFE contra la sociedad *Cubiertas y Mzov, S. A.*, y la Administración General del Estado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pontevedra, ésta fue desestimada, absolviendo a la sociedad mercantil y dejando imprejuzgada la acción respecto a la Administración por acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia de Pontevedra, ésta confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Cuando se presentó en primera instancia la demanda objeto de esta sentencia no había entrado en vigor la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA), que obliga a que todas las demandas que se dirijan contra una Administración Pública, independientemente que sea al mismo tiempo codemandada una entidad privada, se sustancien ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, con anterioridad a la mencionada Ley, la jurisprudencia del TS venía entendiendo que, en caso de demanda contra una Administración Pública juntamente con una entidad privada, la jurisdicción competente tenía que ser la civil, en atención a la *vis atractiva* que tradicionalmente ha tenido esta jurisdicción. En ese sentido, entre otras, pueden verse las SSTS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9487), 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10124), y 7 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4151). No obstante, la presente sentencia, en un caso sustancialmente parecido al de las sentencias mencionadas, se aparta injustificadamente de esta jurisprudencia, declarando la falta de competencia de la jurisdicción civil, con argumentos que si bien son válidos a partir de hechos acaecidos con posterioridad a la LRJCA, no lo son en el presente caso. (A. S. C.)

69. Contrato de cesión temporal de máquinas recreativas para cobro de deuda pendiente: cuestión prejudicial civil sobre la propiedad de las máquinas: presunción de inocencia.—Se realizó una cesión de máquinas recreativas sin constancia escrita, y el cesionario planteó una cuestión prejudicial alegando que la cesión había sido a título de propiedad; tal cuestión prejudicial fue desestimada en ambas instancias, y en casación plantea la infracción de la presunción de inocencia. Sin perjuicio de que dicha presunción pueda tener un alcance superior al ámbito meramente penal, hay que precisar que tiene un objeto bien concreto que es la norma sancionadora o privativa de derechos. En el orden jurisdiccional civil no se trata de sancionar sino de declarar la propiedad de unas máquinas recreativas, y en ello nada tiene que ver la presunción de inocencia. Así lo ha declarado la doctrina del TC y la de esta Sala en SS de 19 de junio, 8 de julio y 20 de octubre de 1997, las cuales excluyen la aplicación de la presunción en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual y del contrato de seguro de robo, afirmando que al no contener por lo general el Derecho civil normas represivas, puniti-

vas o sancionadoras, el principio de presunción de inocencia es muy raramente aplicable en su ámbito.

Carga de la prueba.—La infracción del artículo 1214 CC sólo puede ser motivo de casación en el caso de que la sentencia recurrida, ante la falta de prueba de un hecho, haga recaer sus consecuencias en la parte que no tenía que sufrirlas; no es éste el caso presente en que la sentencia de instancia razona la calificación de la relación jurídica litigiosa, sin que la parte demandada, recurrente en casación, haya probado el alegado contrato de compraventa, que nunca existió. (STS de 27 de junio de 2002; no ha lugar.) (GGC.)