

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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. La ley aplicable. El reenvío del artículo 12.2 CC.–El reenvío de primer grado, supuestos en los que la *lex formalis causae* reenvía a la ley española, es un instrumento que da lugar a la flexibilización del sistema. Se posibilita al Juez sustituir la conexión prevista en la *lex formalis fori* por la conexión prevista en la *lex formalis causae*.

Han de destacarse las SS de 15 de noviembre de 1996 y de 21 de mayo de 1999, aun siendo los supuestos fácticos diferentes, así como la de 23 de septiembre de 2002, afirmando esta última, en cuanto al derecho inglés como ley

personal del causante, que la aplicación de la ley española cuando existen muebles e inmuebles sitios en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad en la sucesión. (STS de 17 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don C. J. D., de nacionalidad británica, contrajo matrimonio con doña E. M. B., de cuya unión nacieron tres hijos. Don C. quedó viudo y posteriormente fijó su residencia en Torremolinos (Málaga) donde adquirió una vivienda en escritura pública. Tres años más tarde contrajo matrimonio con la demandada doña R. Z. y en 1991 falleció en Málaga. Doña R. Z. otorgó escritura pública aceptando la herencia de su fallecido esposo intestado. Los tres hijos del fallecido demandan a la esposa de éste solicitando la aplicación de la legislación española a la sucesión, la apertura de la sucesión intestada con declaración de herederos *ab intestato*, así como la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, que fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso revocando la sentencia de primera instancia. Se recurre en casación con base en la vulneración del artículo 12.2 CC. (P. S. S.)

2. Ejercicio abusivo del derecho.—Para reconocer el ejercicio abusivo de un derecho la jurisprudencia cree necesaria la presencia de intención de dañar, o la utilización del derecho de manera anormal y contraria a la convivencia (SS de 20 de febrero de 1992 y 11 de julio de 1994.) El remedio del abuso del derecho es extraordinario, por lo que únicamente es posible acudir al mismo en casos manifiestos, sin que pueda existir beneficio alguno para el que lo ejercita, sólo con propósito de causar daño a otro interés jurídico.

La puesta en marcha del mecanismo judicial por aquel que le corresponde no debe considerarse como ejercicio abusivo del derecho, sin que se traspasen los límites de la equidad y de la buena fe, al oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* (SS de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959, 7 de junio de 1960, 17 de abril y 17 de noviembre de 1965, 12 de febrero de 1966, y más recientemente, 30 de junio de 1998). La excepción a esta afirmación se encuentra en los casos en los que el Tribunal hubiese declarado su culpabilidad por carencia de justa causa para accionar (SS de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942). (STS de 4 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se solicitó por la demandante división de cosa común frente a los restantes condueños, ya que aun existiendo un pacto de no división de cosa común, la situación de jubilación del demandante determinaba el agotamiento del pacto, argumentándose posteriormente en el recurso de casación por los demandados que el pacto se mantenía eficaz mientras uno o cualquiera de los condueños se encontrase en activo en la sociedad, aunque no se alegó en el escrito de contestación a la demanda. Se dictó sentencia en la que se desestimó la demanda ya que, aunque estimó la existencia de pacto de conservar la cosa indivisa, dicho pacto se había agotado, quedando firme dicho extremo al no llevarse a debate en apelación. Fue impugnada en

grado de apelación por la actora, estimando la Audiencia el recurso de apelación, revocando la sentencia y declarando haber lugar a la división de cosa común, procediéndose en la forma prevista en el artículo 404 CC. Dicha resolución es recurrida por todos los demandados, por infracción del artículo 400.2 CC, e inaplicación de los artículos 1281, 1283, 1284 y 1285, así como 7 y 1258 CC, entendiéndose que se ha ejercitado el derecho contra las exigencias de la buena fe, al buscar el solo propósito de dañar y perjudicar a los demás condóminos, incluso interponiendo una querrela y denuncia en la Inspección de Trabajo de Madrid. (P. S. S.)

3. Compraventa de acciones. En casación no cabe plantear cuestiones nuevas.—Lo que se plantea es una cuestión nueva que ya fue rechazada por el Tribunal de Instancia, al no estar integrada en el debate procesal, por lo que el motivo ha de ser rechazado, ya que la doctrina jurisprudencial conocida y reiterada declara que no es procedente promover cuestiones nuevas en casación, pues ello supondría instaurar situación de indefensión para la otra parte con ataque frontal al principio procesal de contradicción (SS, entre otras muy numerosas, de 28 de octubre y 13 de diciembre de 1992, 7 de junio de 1996, 28 de diciembre de 1999, 29 de febrero, 27 de abril, 10 de junio y 10 y 31 de julio de 2000).

Aquí la cuestión de referencia no se aportó en la etapa alegatoria o expositiva del proceso y lo fue en el recurso de apelación, por lo tanto su alegación resulta extemporánea por no haberse incorporado al escrito de contestación a la demanda, lo que impide el debate casacional sobre la misma (S de 1 de febrero de 2000).

El motivo se rechaza.

No abusa de su derecho quien ejercita sus acciones en tiempo oportuno, aunque no lo haga inmediatamente después de producirse la lesión del mismo.—Está dedicado el motivo segundo a aducir infracción del artículo 7.2 CC y doctrina jurisprudencial, para argumentar que la actuación del demandante constituye abuso de derecho, toda vez que ejercitó en forma tardía la acción de reclamación de las cantidades adeudadas por consecuencia de la venta de acciones llevada a cabo y su conducta pasiva había hecho creer al demandado que no tenía intención de reclamar en ningún momento las cantidades debitadas.

El argumento se presenta inconsistente, pues al demandante le asiste el derecho de ser reintegrado en el precio aplazado y por ello reclamarlo ante su impago en tanto esté viva la acción.

No puede el que recurre imponer y marcar un tiempo para su ejercicio y el hecho de no haber tenido lugar con inmediatez no significa abandono del derecho y menos representa conducta abusiva, pues si bien los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral tecnológico o social y cuando se obra en su aparente ejercicio, traspasando en realidad los límites impuestos a los mismos por la equidad o la buena fe, y causando daño, es cuando el actuar resulta abusivo, pues se ejercita un derecho que realmente la ley no le ha concedido, pero no cuando se trata de derechos que legalmente corresponden a quien postula su reconocimiento judicial (S de 25 de septiembre de 1996, que cita la emblemática de 14 de febrero de 1994). Esto es lo que aquí ha ocurrido, al asistir al demandante adecuado y probado interés legítimo (S de 5 de marzo de 1991).

La mala fe debe probarse, al igual que la concurrencia de actos propios del acreedor indicadores de su voluntad de no reclamar la deuda pendiente.—Tanto el abuso de derecho como la buena fe, son cuestiones jurídicas que han de resultar de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida. El concepto de buena fe en sí es jurídico, pero requiere su ausencia la correspondiente prueba y aquí sucede que nada se demostró respecto a la concurrencia de acto propio alguno acreditativo de la voluntad del demandante de no tener intención de reclamar la deuda, así como de haber renunciado al derecho del percibo del precio aplazado pendiente.

Ninguna actuación cabe atribuir al actor que ponga de relieve la extinción de un derecho y su alegada pasividad en el ejercicio del mismo no constituye acto propio vinculante, como pretende el recurrente (S de 8 de marzo de 1991).

Tampoco es de apreciar actuación contradictoria de la buena fe, ya que el demandante ejercitó por medio del pleito un derecho legítimo, entendiéndose la buena fe en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado consistente en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto (SS de 13 de febrero de 1991, 9 de octubre de 1993, 8 de junio de 1994 y 17 de febrero de 1996).

El motivo se rechaza.

El plazo de prescripción de la acción de cumplimiento de una obligación con prestaciones únicas como las derivadas del contrato en cuestión es el establecido en el artículo 1964 CC y no el previsto en el artículo 1966.3.º CC.—El artículo 1966.3.º no contempla las situaciones en las que la prestación debida es única, y con tal carácter prevista por los contratantes, a lo que no es óbice que para facilitar el cumplimiento del deudor se hubiera convenido entregas periódicas del precio, pero estos pagos fraccionados no alteran el derecho del acreedor al total inicialmente determinado, lo que también procede respecto al total del resto que hubiera quedado sin abonar cuya reclamación conjunta se efectúa, conforme a las SS de 27 de noviembre de 1923, 16 de mayo de 1942, 31 de enero de 1980, 16 de octubre de 1984 y 31 de diciembre de 1985, que decretan que no procede la aplicación del referido precepto 1966.3.º cuando se trata de hacer efectivo el total de pagos independientes, pues rige el plazo prescriptivo de quince años que establece el artículo 1964 para el ejercicio de acciones personales, como aquí sucede y atendiendo a las previsiones contractuales libremente pactadas por los litigantes.

En relación a lo que se deja expuesto se impone atender a la eficacia del negocio y lo que constituye la deuda principal, toda vez que la prestación concertada para su pago ostenta carácter de unitaria a pesar de haberse pactado su abono por fracciones para lograr su mejor cumplimiento (S de 17 de marzo de 1994).

El motivo no prospera. (STS de 31 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El vendedor de un paquete de acciones reclama al comprador el pago del precio aún pendiente por satisfacer, obteniendo pronunciamientos favorables a sus pretensiones tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación. Interpuesto el recurso de casación por el demandado condenado, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

4. Doctrina de los actos propios.—Para la aplicación de la doctrina de los actos propios, es imprescindible que se produzca en el otro una fundada confianza, de tal manera que, por su conducta, en el futuro ha de comportarse coherentemente. A ello ha de unirse la buena fe como límite del derecho subjetivo. Es necesario un acto propio que, de manera inequívoca, «cree, defina, fije, modifique, extinga o esclarezca sin duda alguna una determinada situación jurídica, tal y como exigen las SS de 25 julio 2000 o 31 marzo 2003».

Aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.—Es reiterada la jurisprudencia que exige para la apreciación de enriquecimiento injusto que exista una atribución sin justa causa. No obstante, ello no sucede cuando la pérdida patrimonial de un sujeto responde a la consecuencia de un contrato válido. La atribución, entonces, responde a las relaciones vinculantes entre las partes, según el derecho objetivo (SS de 14 de abril de 1980, 19 de diciembre de 1996 y 12 de julio de 2002). (**STS de 12 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. S. demandó a la sociedad M. solicitando el pago de cierta cantidad como parte del precio aplazado de la finca que había vendido a dicha sociedad en escritura pública, complementada en documento privado suscrito por ambas partes el mismo día, en el que, rectificándose el precio, la vendedora se obligaba a inscribir en el Registro de la Propiedad debidamente la finca, con la expresada cabida de la misma, de manera que si vencido el plazo fijado, no estuviese inscrita con la expresada cabida, la cantidad adeudada no se haría efectiva hasta cumplirse dicho requisito. La demandada alegó que no se cumplió tal requisito de inscripción del exceso de cabida, por lo que no procedió al abono de la cantidad. La sociedad demandante alegó que los actos que se llevaron a cabo entre los diez años que transcurrieron entre el contrato y la demanda, realizados de forma unilateral por el demandado, desvirtuaban la obligación de la adecuada inscripción registral. En primera instancia se desestimó la demanda, así como el recurso de apelación en la Audiencia. Se recurre en casación por vulneración de la doctrina de los actos propios así como la del enriquecimiento injusto. (*P. S. S.*)

5. Dies a quo de la prescripción de la acción para la reclamación de los honorarios profesionales del abogado.—El número primero del artículo 1967 CC, está afectado por el último párrafo no numerado del mismo, puesto que tal exclusión se debió a un *lapsus legislatoris* derivado de un error mecánico de transcripción, que haría ilógica y absurda una interpretación literal, interpretación ésta que por dicha razón debe ser rechazada (*vid.* SSTs de 12 de febrero de 1990, 15 de noviembre de 1996 y 8 de abril de 1997). Para reclamar estos honorarios ha de contarse desde que dejaron de prestarse los servicios según establece el artículo 1967 CC y no desde el día en que pudieron ejercitarse que es la regla general que sienta el artículo 1969 CC cuando no existe una disposición especial que indique otra cosa.

Interrupción del plazo de prescripción.—La interrupción de la prescripción hace que el tiempo tenga que contarse otra vez una vez que ha cesado la causa de interrupción de la prescripción. Estas causas están enume-

radas en el artículo 1973 CC y son las siguientes: el ejercicio judicial del derecho, el ejercicio extrajudicial del derecho que supone que cualquier reclamación que realice el titular del derecho al sujeto pasivo interrumpe la prescripción y el reconocimiento del derecho. (STS de 16 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El abogado de *Comerciantes del Mercado de la Encarnación, S. C. A.*, ejerció su actividad profesional de asesoramiento jurídico de forma ininterrumpida con la citada cooperativa hasta el mes de noviembre de 1985. La concesión administrativa para la construcción y explotación del nuevo Centro Comercial y Mercado de Abastos de la Encarnación en Sevilla le fue otorgada a la cooperativa el 6 de diciembre de 1982. El abogado presentó la factura de honorarios a cobro el 23 de febrero de 1987, posteriormente, el 6 de julio de 1989 realizó un requerimiento notarial, el 27 de junio de 1992 presentó demanda de conciliación, que posteriormente se celebró el 14 de septiembre de ese mismo año. El 14 de septiembre de 1995 interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que reclamaba a esta sociedad la cantidad de 13.166.500 pesetas en concepto de los honorarios profesionales que se habían devengado. Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la cooperativa interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda por entender que la acción había prescrito, al haber transcurrido más de tres años, plazo que es el establecido en el artículo 1967.1 CC para exigir el pago de estos honorarios. El abogado interpuso recurso de casación.

NOTA.—La doctrina ha debatido ampliamente acerca de si el último párrafo del artículo 1967 excluye el número primero o el número cuarto o si abarca todo el artículo 1967. La sentencia anotada considera incorrecta la aplicación del artículo 1969 CC, y la inaplicación del último párrafo del artículo 1967 del mismo Código que realiza la Audiencia. La sentencia de la Audiencia Provincial prescinde para determinar el *dies a quo* de lo dispuesto en este párrafo para el cómputo del plazo prescriptivo de la acción, partiendo desde la fecha de la concesión administrativa, sin tener en cuenta que el abogado reclamante siguió prestando los servicios a la cooperativa de forma ininterrumpida hasta primero de diciembre de 1985. En este sentido, la jurisprudencia actual ha reiterado que la fecha de la que ha de partir para el cómputo de tres años de los honorarios de abogados, en atención a lo dispuesto en el párrafo primero y último del artículo 1967 es desde el día en que dejaron de prestarse los servicios (SSTS de 12 de febrero de 1990, 24 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1996).

La jurisprudencia ha entendido que la actividad profesional del abogado supone una serie de trabajos concretos efectuados en el ámbito judicial, que no pueden estimarse como partes aisladas, sino como una actuación total tendente a un fin conseguido, aunque ello supusiera distintas subactuaciones en delimitadas órdenes jurisdiccionales. Por consiguiente, la iniciación del cómputo de la prescripción trienal no puede contarse a partir de las distintas

partidas relativas a variadas acciones particularizadas, sino a partir de la dejación de la prestación del servicio total (*vid.* SSTs de 25 de junio de 1969, 14 de febrero y 5 de mayo de 1989, 12 de febrero de 1990, 15 de noviembre de 1996 y 8 de abril de 1997). (*M. C. L. J.*)

6. Interpretación restrictiva de la prescripción.—La prescripción tiene que interpretarse de forma restrictiva, en cuanto que ésta, no fundada en justicia intrínseca, se configura como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica. La indeterminación del término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción precisamente con base en la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que efectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impositivos o extintivos del derecho en litigio.

Determinación del *dies a quo* para el cómputo anual prescriptivo.—En caso de daños continuados de acuerdo con el artículo 1969 CC, el cómputo del plazo de un año no se inicia hasta la producción del resultado definitivo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo confía a la sana crítica del juzgador de instancia la determinación de la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción, jurisprudencia aplicada no sólo en materia de lesiones físicas con secuelas, sino también a casos concretos de daños en un inmueble por derribo del colindante.

Extensión de los efectos interruptivos de la prescripción.—El acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 establece que «el párrafo primero del artículo 1974 CC únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente». La jurisprudencia excepción a este acuerdo los casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse que el otro demandando tenía conocimiento previo del hecho de la interrupción. (**STS de 5 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras sufrir un continuo proceso de deterioro en la vivienda por el derribo de un edificio colindante efectuado a finales del año 1992, los propietarios de la misma interpusieron demanda en octubre de 1995 contra el propietario de este último, la empresa que ejecutó el derribo y los dos arquitectos técnicos que lo dirigieron. Antes de interponer la demanda los propietarios habían realizado numerosas reclamaciones al propietario del edificio, en unas diligencias preliminares éste les facilitó a los perjudicados la identidad de los técnicos directores de tales obras y un informe de un arquitecto técnico fechado en 10 de febrero de 1995 aseguraba que el proceso de deterioro de la vivienda de los actores parecía no haberse detenido.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó las excepciones propuestas por los demandados personados en el proceso, entre ellas la

de prescripción de la acción, estimó íntegramente la demanda y condenó a todos los demandados, solidariamente, a indemnizar a los demandantes por los daños y perjuicios causados, a cuantificar en ejecución de sentencia. Apelada la sentencia por todos los demandados, la Audiencia Provincial desestimó los recursos y confirmó la sentencia apelada aunque puntualizando que las obras de reparación habrían de ser las determinadas en un informe pericial obrante en las actuaciones y por un coste no superior al indicado en el mismo. Únicamente los dos técnicos demandados interpusieron recurso de casación conjunto.

NOTA.—Es doctrina reiterada y plenamente consolidada del Tribunal Supremo según la cual la prescripción es una figura cuya aplicación ha de hacerse en forma restrictiva por no ser institución de justicia intrínseca o estricta (SSTS, entre otras, de 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 31 de enero de 1983, 16 de julio de 1984, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987, 8 y 10 de octubre de 1988).

La jurisprudencia entiende que no resulta procedente tomar como inicio del cómputo o plazo de prescripción la fecha del informe pericial ni la que en él se cita como día en que se giró una última inspección del inmueble, cuando se trata de daños continuados (SSTS de 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 6 de junio y 19 de septiembre de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987, 8 y 10 de octubre de 1988). (*M. C. L. J.*)

7. Interrupción de la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles.—El artículo 1973 CC es aplicable a la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, con preferencia a lo previsto en el artículo 944 CCO, tanto porque el límite que separa a las obligaciones civiles y a las mercantiles es difuso y complicado, como porque la remisión que el artículo 943 CCO efectúa a las disposiciones de derecho común da pie a eliminar la diversidad de trato en materia de interrupción de la prescripción debido a la fuerza expansiva e integradora del Código civil.

Las razones por las que el Tribunal Supremo se manifiesta favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil.—son las siguientes: *a)* La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el Código civil, como medio de extender las posibilidades de acreditar el *animus conservandi* de las acciones. *b)* Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código civil respecto del Código de comercio abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción al artículo 944 CCO. *c)* El principio conforme al cual debe entenderse que la ley general no deroga a la ley especial no es aplicable, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida especialidad frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles. *d)* Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en el caso de que se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución (*vid.* STS de 4 de diciembre de 1995). (**STS de 14 de abril de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fianzas y Crédito, S. A.* interpuso demanda contra doña Clementina, el esposo de la misma y *Excavaciones AUPI, S. A.* solicitando el reembolso de las indemnizaciones que había satisfecho a la Junta de Castilla-La Mancha y a la de Castilla y León por la ejecución de los avales que como consecuencia de los seguros de caución concertados por *Excavaciones AUPI*, afianzada solidariamente por doña Verónica, había prestado ante las mismas a fin de garantizarles la ejecución de las obras que habían adjudicado a la entidad demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a «*Excavaciones AUPI, S. A.*» a que abonase 13.115 pesetas, desestimando la demanda respecto al resto de los demandados. La Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada al considerar que hubo una reclamación extrajudicial eficaz para interrumpir la prescripción, a través de una carta certificada, con acuse de recibo dirigida por la entidad actora a la demandada, y condena a los demandados a abonar solidariamente la cantidad de 6.785.793 pesetas. Doña Clementina, esposo y «*Excavaciones AUPI, S. A.*» interpusieron recurso de casación.

NOTA.—Existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de considerar aplicable el artículo 1973 CC a la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, con preferencia a lo previsto en el artículo 944 CCO, por integración de este artículo con la norma, posterior en el tiempo, contenida en el artículo 1973 CC (SSTS de 4 de diciembre de 1995, 31 de diciembre de 1998, 21 de marzo de 2000 y 31 de marzo de 2001, entre otras). (*M. C. L. J.*)

8. Renuncia de derechos. Formas. Requisitos.—La renuncia de derechos es una manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona. Dicha renuncia aparte de ser personal, ha de revestir, en cuanto a la forma, las características de ser clara, terminante e inequívoca, sin condicionamiento alguno, como expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma (*vid.* STS de 16 de octubre de 1987). La renuncia de derechos puede ser expresa o tácita. Sin embargo, la renuncia tácita, en cuanto que deducción que realiza quien aprecia su concurrencia, ha de basarse en hechos de significación unívoca, pues si esos hechos pudieren tener más de un significado ninguna conclusión definitiva podría obtenerse de premisas indefinidas (FD 5.º).

Interpretación de cláusulas oscuras.—Conforme al artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguros, la interpretación de las cláusulas oscuras del contrato de seguro ha de hacerse en el sentido más favorable para el asegurado. (STS de 30 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ocurrido el siniestro (helada) el 17 de abril de 1994, *Bodegas Atance* efectuó la preceptiva declaración o notificación del mismo a la aseguradora el 19 de abril de 1994, que la recibió el 21 de abril de 1994, sin que realizase la inspección de las parcelas afectadas durante los cuarenta días posteriores, sino, pasados los mismos, los días 2 y 8 de junio de 1994. Una cláusula del contrato

de seguro preveía que si comunicado el siniestro al perito de la aseguradora, éste no se personaba en el lugar de los daños para realizar la inspección en el plazo de cuarenta días, se aceptarían, en caso de desacuerdo, los criterios del asegurado sobre ocurrencia del siniestro. El asegurado designó un perito para la tasación de los daños, que emitió un dictamen disconforme con el del perito de la aseguradora. *Bodegas Atance* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que reclamaba la cantidad de 7.920.310 pesetas más un veinte por ciento de interés anual desde la fecha de producción del siniestro hasta la fecha de su abono. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de jurisdicción planteada por *Agroseguro* y absolvió a la demandada. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia.

NOTA.—La jurisprudencia ha señalado que expresa o tácita, la renuncia de derechos ha de ser clara, terminante e inequívoca, tal como exige la doctrina legal, con criterio que mantiene una elemental exigencia de seguridad jurídica (SSTS de 24 de abril y 18 de octubre de 1984, 25 de abril de 1986 y 11 de junio de 1987, entre otras).

En la sentencia anotada, el Tribunal Supremo considera que la designación de perito, bien sea al tiempo de la inspección inmediata o bien sea después, tiene el único sentido de valorar los daños y tiene el efecto que, en caso de desacuerdo entre los peritos de aseguradora y asegurado, éste, reflejada en las actas la divergencia en la tasación como condicionante previo, decida ampararse en los derechos que le concede la cláusula especial. Esta designación de perito no puede interpretarse como una renuncia tácita del asegurado a los derechos reconocidos en la mencionada cláusula, que conllevaría la aceptación del procedimiento pericial del artículo 38 LCS.

En cuanto a la interpretación de las condiciones generales, la jurisprudencia ha reiterado en los contratos de adhesión la aplicación de la regla que dispone que la interpretación de las cláusulas oscuras no deben favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (*vid.* SSTS de 31 de enero de 1990, 4 de julio de 1997, 29 de septiembre de 1998, 20 de septiembre y 8 de noviembre de 2001 y 14 de febrero de 2002). (*M. C. L. J.*)

DERECHO DE LA PERSONA

9. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En el presente caso se plantea el problema de la posible existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor en atención a la regulación en vigor en el momento en que tuvieron lugar los hechos. El artículo 7.7 de la Ley de 1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en su primitiva redacción, establecía la necesidad de «divulgación de la información o comentario», entendiéndose por divulgación la publicación o extensión de la manifestación. La Ley de 23 de noviembre de 1995 viene a modificar dicha redacción estableciendo que se produce intromisión ilegítima por «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de ac-

ciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». En este caso concreto al que es aplicable la Ley en su redacción primitiva, queda demostrado que no se ha cumplido el requisito de la divulgación. Del relato de los hechos no resulta la existencia de divulgación, por lo que el comentario efectuado por la parte demandada no puede calificarse como tal. (**STS de 16 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Medina del Campo, se interpuso demanda de juicio incidental de protección del derecho fundamental al honor en la que se solicitaba la declaración de la existencia de intromisión ilegítima y la condena de los demandados al cese de la misma, y a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valladolid confirma la sentencia apelada. Posteriormente, se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*L. Z. G.*)

10. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En la sentencia que anotamos el objeto de debate se centra en si las expresiones utilizadas por el recurrente constituyen un atentado al honor de la parte recurrida o, por el contrario, estas expresiones se encuentran amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional señala que al tratarse la libertad de expresión de una formulación de «pensamientos, ideas u opiniones, 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 o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas» (SSTC de 17 de julio de 1986, de 15 de febrero de 1990). Es claro que el derecho al honor está limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. Por ello, cabe la posibilidad que la reputación ajena tenga que soportar restricciones debido a la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa u opina. Afirma el Tribunal Constitucional «que el derecho al honor es un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal ha afirmado que ese derecho ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas. Por tal razón hemos dicho que las libertades del artículo 20.1.a) y d) CE ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisión exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido» (STC de 5 de mayo de 2000). (**STS de 5 de mayo de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida, se interpone demanda de protección del derecho al honor, en la que se solicita se declare que la difusión de insultos,

amenazas y descalificaciones vertidas en el programa de radio «Tierra Blanca», constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. A su vez, se solicita la condena de los demandados al pago de una indemnización por el daño moral causado, y la difusión de la sentencia en la misma emisora y a la misma hora en que acontecieron los hechos. El Juzgado desestima la demanda. La sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Badajoz, que estima en parte el recurso y condena a dos de los demandados en primera instancia al pago de la indemnización solicitada. Posteriormente, se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo se limita a resolver la cuestión en base a la doctrina que el Tribunal Constitucional ha seguido en esta materia. Entiende el Tribunal Supremo que «la libertad de expresión es un derecho constitucional, esencial en un sistema de libertades democráticas, que consagra el derecho a opinar, que es libre. Sin embargo, este derecho y aquella libertad no alcanza a las expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias...». A su vez, se refiere a la STC de 18 de noviembre de 2002, entre otras, para señalar que «los límites a la libertad de expresión se encuentran en la no utilización de palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de la persona a la que se refieran, innecesarias para el fin perseguido con la información y la opinión. Se puede discrepar, censurar y criticar con toda la fuerza que se estime necesaria, pero no insultar» (FJ 3.º, STS de 5 de mayo de 2003). Concluye el Tribunal Supremo considerando que las expresiones que se han vertido en la radio son insultantes, vejatorias y difamatorias, y por tanto, no se encuentran protegidas por la libertad de expresión (FJ 3.º, STS de 5 de mayo de 2003). (L. Z. G.)

11. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información.—El derecho a comunicar libremente información tiene una función institucional que la hace prevalente sobre el derecho al honor, siempre que la información sea veraz y de interés general o relevancia pública. En caso de conflicto entre ambos derechos, la función del Tribunal Constitucional consiste en determinar si la ponderación judicial de los derechos en colisión ha sido realizada de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos y si la conclusión es afirmativa confirma la resolución judicial aunque venga fundada en criterios y razonamientos no aceptables, puesto que lo decisivo no es la motivación, sino que el ejercicio del derecho de información haya sido o no legítimo, aunque para llegar a la conclusión que corresponda (STC 172/90) sea preciso utilizar criterios distintos a los utilizados por la jurisdicción ordinaria, que no vinculan al Tribunal Constitucional ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de la sentencia judicial. (STC 40/92, de 30 de marzo).

Concepto de veracidad.—La veracidad exige un deber de comprobación razonable, no omitir otros hechos relevantes, sopesar los términos aunque no pueda exigirse al informador una precisión absoluta en el lenguaje técnico-jurídico para cuidar su significado usual y respetar el derecho a la presunción de inocencia (STC 219/92, de 3 de diciembre). El Tribunal Constitucional ha manifestado que información veraz en el sentido del artículo 20.1 CE significa in-

formación comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (SSTC 105/90, de 6 de junio de 1990 y 15/93, de 18 de enero).

Sin embargo, la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en una información sean rigurosamente verdaderos, porque los errores informativos intrascendentes han de entenderse protegidos también por el derecho constitucional de información, pero impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad que no se satisface por la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas para que el ejercicio del derecho fundamental a comunicar información sea serio y eficaz (SSTC núms. 171 y 172/1990, de 5 y 12 de noviembre y 123/93, de 19 de abril).

Vínculo legal de solidaridad entre los responsables del acto ilícito.—En virtud del artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, el perjudicado puede demandar a cualquiera de los deudores solidarios o a todos ellos a su elección. Este artículo no es incompatible con la libertad de expresión y el derecho a la libre información, reconocida en el artículo 20.1 CE, porque la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y a la empresa editora le corresponde la libre designación del director (SSTC 171 y 172/90). **(STS de 10 de julio de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Un canal autonómico emitió un programa presentado por doña Encarnación V. D. en el que se narraban una serie de investigaciones policiales referentes a un atraco en una tienda en el que falleció un empleado. Como consecuencia de las investigaciones policiales, don Julián D. R. fue involucrado en el hecho, se procedió a su detención y el Juzgado de Instrucción acordó en un primer momento su ingreso en prisión, saliendo en libertad sin fianza veinte días después. Se dictó auto de procesamiento, que no fue dirigido contra el demandante y no se formuló acusación contra el mismo. Posteriormente, la revista *Tele Indiscreta* publicó un artículo sobre la emisión referida del programa de la que es editora *Publicaciones Ekdosis, S. A.* Asimismo, se publica en la revista coleccionable *Mis crímenes favoritos* el relato sobre la comisión del hecho delictivo perpetrado y la distinta participación de las personas que intervinieron en el mismo, siendo editor don José Antonio S. H. y directora doña Encarnación V. D.

Don Julián D. R. formuló demanda de juicio incidental por intromisión en el derecho fundamental al honor contra don José Antonio S. H., doña Encarnación V. D., *Ente Público Radiotelevisión Madrid (RTVM)* y *Publicaciones Ekdosis, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a las dos entidades demandadas. Don José Antonio S. H., *Ente Público Radiotelevisión Madrid (RTVM)* y *Publicaciones Ekdosis, S. A.* formularon recurso de apelación contra la anterior sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia con la novedad de fijar la indemnización que debían pagar solidariamente los demandados al actor en la cantidad de 10.000.000 de pesetas.

NOTA.—En esta sentencia nos encontramos una vez más que se plantea ante el Tribunal Supremo un supuesto de colisión entre el derecho al honor y libertad de información. El Alto Tribunal considera el valor informativo del reportaje emitido en el programa televisivo y lo considera neutral; en este caso ante la veracidad de la comunicación prevalece la libertad de información. Sin embargo, en el artículo sobre la emisión del programa de televisión publicado en la revista sin diligencia alguna, se implica al demandante de forma notoria en los hechos delictivos lo que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

El Tribunal Constitucional ha evolucionado en su doctrina acerca de los supuestos de colisión entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información. En una primera fase realizó una interpretación literal del artículo 20.4 CE (que establece como límite expreso y especial de las libertades de expresión e información el derecho al honor) y en sus resoluciones destacaba la primacía del derecho del honor cuando estimaba que se había producido una intromisión ilegítima; sin embargo, tras la STC 104/1986, de 17 de julio, el Tribunal Constitucional empieza a reconocer la posición preferente de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor (el Tribunal Supremo también sigue esta línea en las SS de 26 de abril de 1994, 8 de marzo de 1999, 18 de octubre y 28 de diciembre de 2000 y 30 de enero de 2001, entre otras). (*M. C. L. J.*)

12. Protección del derecho a la imagen.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido la imagen como «la representación gráfica de la figura humana y el derecho a la misma, como el que permite impedir a un tercero no autorizado el obtener, reproducir y publicar la imagen de otro» (FJ 1.º, STS de 9 de mayo de 2003). El Tribunal Constitucional ha declarado el carácter personal, privado y reservado de las reproducciones fotográficas, reconociendo el derecho de los individuos en cuanto pueden decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública (STC de 18 de junio de 2001 reproducida por la STS de 9 de mayo de 2003).

Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En el presente caso se plantea la duda razonable de «si el demandante y su esposa, ahora parte recurrida, estaban afectados de grave crisis en su matrimonio, ya que la revista debió de cuidar con esmero y de manera que pudiera ser bien percibido por los lectores, que el reportaje nada tenía que ver con la pareja retratada y, al no hacerlo así, su honor quedó indudablemente en entredicho al permitir que de esta forma los conocidos del actor pudieran asociar el texto del artículo y especialmente, la infidelidad que relata con su propio matrimonio» (FJ 2.º, STS de 9 de mayo de 2003). El Tribunal Supremo se refiere además al carácter de objeto principal de la imagen publicada, ya que se trata del soporte gráfico que pone cara al contenido del reportaje.

Rectificación insuficiente.—No es suficiente para eximir de responsabilidad la rectificación de la información tardía o semi-ocultada. «En este caso, la rectificación se realizó dos meses después y se llevó a cabo en las últimas páginas de la revista, dentro de un cuadro reducido y una letra pequeña, que fácilmente pasaba desapercibida para los lectores. Además sólo se dice que correspondía a una pareja, sin identificarla ni aclarar que nada tenía que ver

con los personajes de los que habla el artículo». «Tampoco puede hablarse de rectificación espontánea ya que tuvo lugar a instancias de la parte recurrida» (FJ 1.º, STS 9 de mayo de 2003). (STS de 9 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona se tramitó procedimiento incidental de protección de derechos fundamentales. El demandante solicita se dicte sentencia condenando solidariamente a los demandados por intromisión ilegítima tanto en el derecho a la imagen del demandante y su esposa como en el derecho al honor, por la publicación de su fotografía junto a un reportaje con una temática relativa a infidelidades y crisis matrimoniales. El Juzgado estima la demanda. La sentencia fue recurrida por el demandante ante la Audiencia Provincial de Barcelona que estima parcialmente el recurso de apelación elevando la condena de los demandados a un millón de pesetas. La parte demandada interpone recurso de casación basado en la infracción de los artículos 7 y 2.1 de la LO 1/1982 de protección al honor, intimidad y a la propia imagen, al entender que no ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrido. El Tribunal Supremo desestima dicho recurso.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa se centra en un único problema: averiguar si procede calificar los hechos como lesivos del derecho al honor de la parte recurrida. La discusión gira en torno a si la publicación de la imagen conectada a un reportaje ficticio que narra la frustración de una relación amorosa por continuas infidelidades del varón, puede suponer intromisión en el derecho al honor de la pareja retratada al instaurar la duda razonable sobre la situación matrimonial de ésta y la posible infidelidad del varón. En relación a este tema, se cuestiona si la fotografía puede entenderse aportación periodística accesorio o principal. El Tribunal Supremo no ha hecho sino seguir la línea jurisprudencial existente en esta materia entendiendo que la revista debió indicar que la pareja de la imagen retratada nada tenía que ver con la historia relatada, de lo contrario el honor queda en entredicho, ya que permite a las personas conocedoras de la pareja plantearse la realidad de dichas manifestaciones. (L. Z. G.)

13. Colisión entre el derecho al honor de un lado y libertad de información y expresión de otro.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo resuelve el conflicto acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que establece las siguientes directrices:

- a) Que la delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso.
- b) Que es necesario atender a la posición prevalente del derecho a la libertad de expresión y de información sobre los derechos de la personalidad.
- c) Que para que prevalezca el derecho a la información ésta tiene que ser veraz, comprobada y contrastada, e ir referida a asuntos de relevancia pública y de interés general por la materia en sí y las personas a las que va referida. No existe duda de que el derecho a informar se ve disminuido esencialmente si no va referido a personalidades públicas (FJ 1.º, STS de 19 de junio de 2003).

Información veraz, interés general y reportaje neutral.—Es necesario destacar la importancia que supone delimitar qué ha de entenderse por «información veraz». No debemos olvidar que la existencia de veracidad en la información vertida encuentra protección en el artículo 20 CE. Hay que entender dicha veracidad «no tanto como dirigida a la imposición de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a la transmisión como hechos verdaderos bien de simples rumores, carentes de toda constatación, bien de meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, y ello, a pesar de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado» (FJ 1.º, STS de 19 de junio de 2003). En el presente caso la información puede considerarse de interés general al tratar el tema de la corrupción en materia de construcción en la Costa del Sol. También resulta de interés público en relación a la persona del recurrente, que es una personalidad conocida tanto por su profesión como por el medio turístico en el que la desarrolla. Hay que hacer referencia también a que la información difundida puede calificarse de «neutral», ya que únicamente se trata de una noticia que reproduce una sentencia penal y determinadas actuaciones judiciales. No ha existido ningún tipo de comentario al respecto y la información está contrastada (FJ 1.º, STS de 19 de junio de 2003). (**STS de 19 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid se interpone demanda de protección al honor solicitando la declaración de intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen, y la condena solidaria de los codemandados al pago de una indemnización, además de la difusión de un extracto de la parte dispositiva de la sentencia en el diario *ABC*. El Juzgado dicta sentencia el 27 de julio de 1995 y desestima la demanda formulada. Apelada la misma ante la Audiencia Provincial de Madrid, ésta confirma la resolución del Juzgado. Posteriormente, se presenta recurso de casación en base a un único motivo: infracción de los artículos 1.1 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo y de la jurisprudencia que lo interpreta. El motivo es desestimado.

NOTA.—En la sentencia que nos ocupa el Tribunal Supremo se remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender que no existe intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente. La información aparecida en el diario *ABC* hace referencia a una «presunta corrupción», y utiliza el término «presunta», contenida en una denuncia presentada ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. El Fiscal Jefe de dicho órgano ordena una investigación policial que tiene como resultado el conocimiento de que el recurrente, arquitecto de la Mancomunidad de municipios de la Costa del Sol, ha gestionado diversos asuntos urbanísticos «de forma poco profesional y de dudosa moralidad». Se informa respecto al contenido de dichas actuaciones, consistentes en cobros indebidos a cambio de la permisibilidad en la construcción de viviendas. En el presente caso resulta evidente la falta de intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente, al vertirse una información que reúne todos los requisitos que exige la Constitución

Española para no entender vulnerados otros derechos constitucionalmente protegidos. La información ha sido comprobada y contrastada, es una información veraz, y plantea un supuesto de enorme relevancia pública que evidentemente presenta un gran interés por la importancia del sector en el que incide y la zona geográfica en que se desarrolla, zona en la que la actividad inmobiliaria desarrolla un importante papel en la economía (SSTC de 19 de abril de 1993 y 5 de mayo de 2000). (L. Z. G.)

14. Lesión del derecho a la intimidad de la menor.—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad personal, recogido en el artículo 18.1 CE, tiene por objeto «... garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, en contra de su voluntad» (SSTC de 22 de julio, 10 de mayo y 30 de noviembre de 2000, 24 de mayo de 2001, 22 de abril de 2002). Este derecho fundamental se encuentra «estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce...» (SSTC de 8 de noviembre de 1999, 2 de julio de 2001, 6 de mayo de 2002). En este caso concreto el Tribunal Supremo entiende que se ha lesionado la intimidad de la menor cuando «... se le impone soportar una difusión periodística de datos reales o supuestos de su vida privada que afectan a su reputación, y resultan hasta triviales para el interés público y lo mismo cuando la divulgación es de aspectos de la vida privada, que aquí se maneja de forma arbitraria, abusiva y acomodada al interés morboso, de ciertos lectores, indudablemente lesivos para la niña, sobre todo por la intensidad de la noticia en lo que podía afectar a su enfermedad (síndrome de inmunodeficiencia adquirida), dado el desconocimiento de las gentes, que, en la mayoría de los casos sobre esta enfermedad les resulta difícil de aceptar, al asociarse inmediatamente a conductas licenciosas, por lo que desgraciadamente genera marginación y rechazo...» (FJ 1.º, STS de 27 de junio de 2003). La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 sobre Protección Jurídica del Menor, aplicada por el Tribunal Supremo en este supuesto, establece cuándo existe intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad, y propia imagen de un menor. Según el artículo 4 de la Ley, podemos hablar de intromisión ilegítima cuando tiene lugar cualquier utilización de la imagen del menor o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo a su honra o reputación o que sean contrarios a sus intereses, incluso si se cuenta con el consentimiento de sus representantes legales. En el caso en cuestión ni concurre consentimiento de la menor por tener tres años de edad, ni existe una puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal del consentimiento proyectado por su representante legal, exigible por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/82, de protección al honor, intimidad y a la propia imagen. (STS de 26 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid se promueve demanda del Ministerio Fiscal, por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen de una menor, debido a la publicación en la revista *Semana* de un reportaje en el que el padre de la menor relata la situación de su hija en relación a su enfermedad (síndrome de inmunodeficiencia adquirida). El

Juzgado estima la demanda. Apelada la misma ante la Audiencia Provincial de Madrid, ésta procedió a dictar sentencia revocando en parte la resolución de primera instancia. El Ministerio Fiscal interesa la casación y la anulación de la sentencia que recurre por entender que las actuaciones imputables a los recurridos constituyen intromisión en la intimidad de la menor. El Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el objeto de debate se centra en la posible existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de una menor afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida). El Tribunal Supremo se ha pronunciado posteriormente en un caso similar, entendiendo que la vulneración en estos supuestos va referida fundamentalmente al derecho a la intimidad. La STS de 26 de abril de 2004 señala que «... la reputación de las personas queda afectada, bastando que la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el sida deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral a quienes son señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprobables como reales, de marginación para muchas de sus víctimas». Continúa señalando que respecto a la individualización, directa o indirecta, de quienes lo padecen, ello no resulta de interés público, con la consecuencia de que su difusión comporta «un daño o, en todo caso, una perturbación injustificada carente de todo sentido». Sin embargo, el Tribunal Supremo en S de 2 de enero de 2001, viene a entender, utilizando el argumento anteriormente apuntado, que en estos casos también podemos hablar de infracción del derecho al honor, señalando que «... tanto la atribución de ese padecimiento a determinada persona como la presentación de la fundada apariencia de que lo tiene, ha encontrado refrendo en la doctrina del Tribunal Constitucional como violación del derecho al honor» (STC de 14 de febrero de 1992). (*L. Z. G.*)

15. Colisión entre el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la información.—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, que la libertad de información es un derecho al que la Constitución dispensa máxima protección. Su ejercicio está ligado «al valor objetivo que es la comunicación pública libre, inseparable de la condición pluralista y democrática del Estado en que nuestra comunidad se organiza». Cuando la libertad se ejerce sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales, como es la intimidad, «es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público» (SSTC 6/81, 171/90). Es necesaria una relevancia comunitaria y no una simple satisfacción de la curiosidad ajena para que pueda prevalecer el derecho a la información.

Inexistencia de accesoria en las imágenes del accidentado.—Nos encontramos ante un supuesto en el que se produce una intromisión ilegítima en el derecho de la parte recurrida a su intimidad familiar a través de una primera intromisión en el derecho fundamental a la imagen de su difunto marido (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003). El Tribunal Supremo ha establecido

que una imagen deja de ser accesoria «cuando aparece en primer plano ocupando en su proyección todo el espacio de la pantalla, debiendo adquirir dicha imagen un total protagonismo en la noticia filmada» (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003). Para hablar de imagen accesoria, ésta debe encontrarse en una perspectiva desprovista de relevancia alguna (FJ 4.º, STS de 7 de octubre de 1996). La duración del fotograma no debe influir a la hora de determinar el carácter principal o accesorio de la misma (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003).

Reproducción de la imagen sin consentimiento del titular.—Existe una consolidada doctrina jurisprudencial según la cual «el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, que atribuye a su titular la facultad exclusiva de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública» (STS de 4 de mayo de 2001, SSTC de 18 de junio de y de 2 de julio de 2001). Es doctrina pacífica que el derecho a la propia imagen otorga a su titular la «facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquélla por parte de terceros no autorizados, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la difunde» (SSTS de 28 de mayo de 2002, 11 de abril de 1987, 13 de noviembre de 1989, 10 de octubre de 1992, 7 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1996).

Intromisión ilegítima. Cálculo del *quantum* indemnizatorio.—«La valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella» (SSTS de 20 de julio de 2000 y de 14 de noviembre de 2002). (STS de 23 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid, se siguieron los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre protección a la intimidad personal y familiar, solicitándose la condena de los demandados al pago de una indemnización de daños y perjuicios por haber emitido un vídeo con el rostro del esposo de la demandante aprisionado en un vehículo destrozado a causa del accidente de tráfico sufrido. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 31 de enero de 1996, absolviendo a los demandados. Apelada la misma, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto y declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad con la prohibición de la emisión del vídeo del accidente en donde aparece el rostro del finado, condenando a aquéllos solidariamente al pago de una indemnización. La parte demandada interpone recurso de casación. Este recurso resulta finalmente desestimado.

NOTA.—En la sentencia que anotamos se plantea la posible infracción del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, al entender el recurrente que la imagen del fallecido aparece como meramente accesoria. El Tribunal Supremo señala con acierto que «no se trata de la reproducción de la imagen de una persona con carácter accesorio de una noticia principal cuando de los fotogramas se evidencia como parte importante del reportaje, al tratarse de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pan-

talla al ser proyectados» (FJ 6.º, STS de 23 de mayo de 2003). Resulta de gran interés el cálculo de la indemnización para el caso en que exista intromisión ilegítima, problema que también se plantea en el caso objeto de análisis. El Tribunal Supremo ha venido aplicando para la obtención de dicho cálculo el artículo 9.3 de la Ley de 1982. Este precepto establece que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, y que la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Para ello se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que haya obtenido beneficio el causante de la lesión como consecuencia de la misma. En el supuesto de no existir prueba alguna de que a la actora-recorrida se le haya causado perjuicio económico alguno en su patrimonio, ni se haya practicado prueba que permita conocer la difusión de la noticia, así como tampoco el beneficio que hayan podido obtener los recurrentes con la emisión del reportaje, «para graduar la cuantía de la indemnización han de tenerse en cuenta exclusivamente las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida» (FJ 3.º, STS de 23 de mayo de 2003). El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en SS de 5 de noviembre de 2001 y 14 de noviembre de 2002. Se trataba de casos similares en los que no existían datos objetivos que permitieran una aplicación directa de los criterios del artículo 9.3. En ambos supuestos resuelve la cuestión acudiendo a otros parámetros como son «la trascendencia de las fotos, la capacidad económica del perjudicado, la situación de las personas en el lugar público, la forma de obtención de las imágenes y la difusión». El Tribunal Supremo viene a establecer en la sentencia que anotamos parámetros más generales, como el de la gravedad de la lesión, que entendemos ya engloban y no contradicen los criterios que ha venido aplicando el Tribunal Supremo en los supuestos anteriormente mencionados. (L. Z. G.)

16. Culpa extracontractual. Responsabilidad por inmisiones acústicas. Responsabilidad solidaria del Ayuntamiento. Competencia civil. Régimen transitorio. *Vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria. No es «pietista» la doctrina jurisprudencial de impedir el «peregrinaje de jurisdicciones».—La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo es aplicable cuando sea demandada de forma exclusiva la Administración conforme a la ley reguladora de aquélla, así como a la Ley de 1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial, pero no en los supuestos en que junto a la Administración se demanda a un particular y existe una relación de corresponsabilidad en los hechos; en el presente caso la condena de ambos procedería de un mismo resultado; perjuicios a los actores por la actividad molesta desarrollada por la empresa demandada y por no adoptar las medidas tendentes a evitarlas por parte del Ayuntamiento, lo que equivaldría a una responsabilidad de tipo solidario. Tal solución tiene su base en la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, máxime cuando de separarse la contienda, se podrían producir resoluciones contradictorias. Es dato relevante que la demanda se haya planteado en

1995, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley de 13 julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y de la nueva redacción dada al artículo 9.4 LOPJ, ya que la STS de 18 diciembre de 2002 declara aplicable la doctrina jurisprudencial vigente en el período transitorio de aquella normativa. Conforme al dictamen del Ministerio Fiscal esta Sala reafirma la doctrina del peregrinaje de jurisdicciones, rechazando su consideración como «pietista», ya que la STS de 18 febrero de 1997 subraya su adecuado sentido de valor justicia ínsito en nuestra Constitución, 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, especialmente el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Legitimación activa. Prueba de la propiedad de la vivienda en la que se padece la contaminación acústica.—La actora ha acreditado la titularidad de las dos fincas registrales sobre la que se encuentra construida la vivienda donde habita, y que sufre los ruidos y vibraciones procedentes de la cercana industria de *VECONSA*, desde que la compró en 1980; el propio Ayuntamiento la ha tenido como dueña durante todo el tiempo transcurrido desde 1990, ante las reclamaciones infructuosas para que pusiera fin a las molestias sufridas, dando traslado a la actora para alegaciones antes de conceder licencia de apertura a dicha empresa, llegando incluso a autorizarle la realización de obras en la vivienda. La circunstancia de que la escritura de compra de la vivienda no esté inscrita, no impide que el actor se considere propietario de la misma, sin que se haya presentado prueba alguna de tal presunción, siendo evidente la existencia de la vivienda en los terrenos comprados según se deduce de las fotografías obrantes en autos y de los informes periciales, residiendo los actores en dicha vivienda desde que la compraron y sin que hayan sido inquietados en su posesión por persona alguna.

Violación del derecho a la intimidad. Fuerza expansiva de los derechos humanos. Aplicación analógica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.—Sin desdeñar la base normativa que ofrecen los artículos 1902 y 1908 CC, que han permitido a la Sala 1.^a deducir un principio de exigencia de un comportamiento correcto con la vecindad (STS de 12 diciembre de 1980), se ha abierto paso con gran empuje la doctrina doctrinal y jurisprudencial de considerar como gravemente nocivas cuando afectan a la persona tales intromisiones en relación con su sede o domicilio. En efecto, el derecho a la intimidad reclama para su ejercicio pacífico, muy especialmente dentro del recinto domiciliario y su entorno, un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran, los ruidos desahorados y persistentes, aunque éstos procedan del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo cuando se traspasan determinados límites. En consecuencia validamos el criterio seguido por la sentencia recurrida, al calificar el caso como una vulneración del artículo 18 CE con arreglo a la interpretación mantenida por el TEDH sobre el artículo 8.1 del Convenio de Roma de 1950, que sanciona el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, invocando la S de 9 de diciembre de 1994 (asunto *López Ostra c. España*) que vino a incluir en el núcleo de la intimidad las intromisiones sonoras; razones de analogía que también se extraen de la sentencia del mismo Tribunal de 2 de octubre de 2001 (caso *Halton* y otros contra RU) en supuestos de ruidos producidos por el tráfico aéreo. Por otra

parte la STC de 24 mayo de 2001 establece que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental de la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida. De este modo la protección a la intimidad no queda reducida a la evitación y proscripción de la divulgación de la vida privada o la penetración no autorizada en el ámbito en que se desarrolla la vida privada.

Interpretación evolutiva de las normas. La Constitución como contexto.—Las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3 CC, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales; tal acomodación ha de observarse también en los casos de «interpretación integradora» cuando, como en este caso, la intimidad cobra una mayor dimensión que, en cierto modo, espiritualiza su finalidad, relacionándolo con el ámbito propio de la personalidad; tampoco las autorizaciones administrativas para desarrollar una determinada actividad que resulte perjudicial para ese ámbito eximen o justifican la intromisión.

Valor de la concesión administrativa.—En cuanto cobertura que habilite legalmente la generación de ruidos y, por ende, justifique el sacrificio de la intimidad a favor del progreso social, cabe decir: 1.º La autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados, dato esencial para la legitimación de la lesión a la intimidad. 2.º Desde la perspectiva del valor y significado del derecho fundamental a la intimidad, y tomando en consideración la conocida preexistencia de la vivienda, incumbía tanto a la corporación como a la propia empresa la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable, circunstancia que evidencia la adecuada imputación a los codemandados, por acción y por omisión, en que se fundamentó el fallo, imputación subsumible en la categoría de la responsabilidad extracontractual.

Concurrencia de normas. Requisitos de la culpa extracontractual.—La sentencia recurrida declara aplicable tanto el artículo 7 de la Ley Orgánica de 1982 como el artículo 1902 CC, aunque se decide por la norma prevalente, es decir, la protección del derecho a la intimidad frente a la agresión ilegítima. Pero no debe olvidarse que se cumplen todos los requisitos para exigir la culpa extracontractual. En efecto se ha acreditado que: 1.º La casa existía ya antes de construirse la fábrica, y por supuesto, antes de otorgarse la licencia municipal de apertura que tuvo lugar después de iniciado este pleito; 2.º Los ruidos provenientes de la carga y descarga de camiones y de la actividad propia de la fábrica tienen un alcance intolerable, según se deduce de la amplia testifical practicada de vecinos del lugar y de personas que han estado en la vivienda de los actores, y de las declaraciones del perito arquitecto cuyo informe concluye que la actividad de la empresa *VECONSA* situada a 50 metros de la vivienda, afecta gravemente a la habitabilidad por el funcionamiento ininterrumpido durante las veinticuatro horas del día, y con la entrada continua de camiones congeladores para la carga y descarga, lo que tiene ma-

yor incidencia durante las horas de la noche. De ello se concluye que la empresa demandada produce unas molestias por su actividad que no debe sufrir la actora, y, por otro lado, el Ayuntamiento no ha adoptado las medidas que le exige la reglamentación de 1961 sobre actividades molestas, por lo cual debe indemnizar a los actores. (STS de 29 de abril de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia que va a constituir un hito en la doctrina de la Sala 1.^a sobre inmisiones acústicas, de la que ha sido ponente el señor Almagro Nosete; el Tribunal Supremo, secundando en buena medida los argumentos del Juzgado de Primera Instancia, abre nuevas perspectivas al desarrollo del derecho a la intimidad en relación con las inmisiones, susceptibles de ser reclamadas en adelante tanto por la vía de los artículos 1902 y concordantes, como por la Ley Orgánica de 1982. La novedad de encuadramiento sistemático del tema se advierte al observar que en el completo estudio de YZQUIERDO TOLSADA: «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en VV.AA.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por Reglero Campos) (Cizur Menor 2002), pp. 1107 ss., ninguna referencia se hace a esta hipótesis. En los casos de daños al medio ambiente, en los que se entrecruzan las normativas administrativas y civiles, no es infrecuente tratar de compaginar el derecho de la persona y el aseguramiento de una mayor calidad de vida con el desarrollo económico (así DE ÁNGEL YÁGUEZ: comentario al artículo 1908 en *Com. Min. Justicia*, II, p. 2047); pero la incardinación de las inmisiones acústicas en el derecho a la intimidad resulta novedoso. Se comprende, por lo demás, que para un modesto Ayuntamiento murciano la instalación de una floreciente empresa de vegetales congelados resulta más atractiva y rentable que una vivienda, al parecer unifamiliar, ubicada a cincuenta metros de la fábrica (en realidad ésta es la que fue autorizada a instalarse junto a aquélla). Quizá no se contaba con la firme determinación de los perjudicados con la creciente contaminación acústica que les había obligado a abandonar la vivienda de su propiedad. Además ha dado ocasión a que se vaya redefiniendo el derecho a la intimidad de modo que lo considero muy satisfactorio para la mayoría de los ciudadanos en relación con la contaminación acústica. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

17. Deber de información del médico.—La actividad médica tiene como eje el consentimiento informado del paciente. No obstante, para que dicha actividad incurra en responsabilidad, es necesario que el paciente haya sufrido algún tipo de perjuicio. Además, se presentan tres excepciones al deber de informar: 1) cuando los riesgos son conocidos por el paciente; 2) cuando puede perjudicar al paciente, o 3) en situaciones de urgencia (F 2.^o).

La jurisprudencia es abundante en este sentido, y es de destacar la S de 13 de abril de 1999, en cuanto alude al contenido del deber-derecho de información. Apoyándose en dos sentencias de 2 de octubre de 1997 y 16 de octubre de 1998, asume la imposibilidad de determinar *a priori* un modelo prefijado de deber de información, pero sí acepta unas notas mínimas, que abarcarían las características de la operación, las ventajas o inconvenientes, sus riesgos y el post-operatorio o incluso la situación ajena a la intervención.

La necesidad de información completa y veraz, continuada, verbal y escrita parte de la Ley General de Sanidad, así como de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ante el derecho del enfermo de ser informado de las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica. (STS de 23 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se demanda por doña R. S. B. reclamación de cantidad contra el doctor don S. V. S., debido a que, como consecuencia de una intervención quirúrgica (miringotomía con colocación de tubos de ventilación en los oídos), que resultó efectiva al 100% tras la recuperación, el demandado incurrió en responsabilidad del artículo 1902 CC, al no haber advertido a la actora de los posibles riesgos, así como de los tratamientos alternativos, aunque la práctica del médico fue correcta, tanto su diagnóstico, el tratamiento efectuado, así como la intervención quirúrgica y las pruebas practicadas; sin embargo la membrana timpánica no se recuperó en su totalidad. La sentencia estima la demanda, debido al incumplimiento del deber de información, siendo recurrida en apelación. La Audiencia revoca la sentencia de instancia, al entender que no facilitar la información no fue determinante en las lesiones que padece la demandante. La misma recurre en casación con base en la inaplicación del artículo 1101, en relación con los 1089 y 1544 CC y 10.5 de la Ley de Sanidad.

NOTA.—La sentencia anotada se encuadra en la postura que el Tribunal Supremo adopta en las más recientes resoluciones. Así, es de destacar la S de 27 de abril de 2001, en la que se interviene a una mujer para la realización de una intervención conocida vulgarmente como ligadura de trompas, a la que posteriormente le sigue un embarazo de la misma. Ante la ausencia de información por parte del Servicio Valenciano de Salud, se le responsabiliza aun siendo un supuesto de medicina voluntaria, debido a la exigencia en todo caso de información exhaustiva (comprensión del destinatario) y suficiente (para poder contar con datos claros y precisos). La responsabilidad se origina, además, por el nexo causal existente entre la desinformación y el resultado no querido (FJ 1.º). El contenido del deber de información como establece la sentencia anotada varía según el caso específico, y así lo observamos en la S de 17 de octubre de 2001, en la que se especifica que el deber de información ante la realización de una transfusión sanguínea no consiste, como pretendía el Centro Hospitalario recurrente, en la procedencia y necesidad de transfusión, sino en los pros y los contras de tal actuación sanitaria, y las posibles opciones al respecto, ante la posibilidad de contagio del sida (FJ 2.º). (P. S. S.)

18. Incapacitación y nombramiento de tutor. Procedimiento. Legislación aplicable anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.—Inicialmente, la acción dirigida a declarar la incapacidad del sujeto sobre el que se formula demanda de incapacitación y la dirigida a constituir la tutela son acciones que deben ventilarse en juicios de diferente naturaleza; en juicio declarativo de menor cuantía, la incapacidad, y por los trámites de jurisdicción voluntaria, la tutela. De ahí se deduce el incompatible ejercicio simultáneo de

ambas acciones al prohibirlo expresamente el artículo 154.3 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 1823 del mencionado cuerpo legal recalca esta distinción al afirmar que los expedientes de jurisdicción voluntaria no serían acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa, con lo cual no debía tramitarse como contencioso –menor cuantía– lo que debió tramitarse por jurisdicción voluntaria –tutela.

Sin embargo, el artículo 154 no atiende a peticiones o reclamaciones de jurisdicción voluntaria –como es el caso de las acciones dirigidas a constituir la tutela–. Por su parte, en relación con el artículo 1823 la acción dirigida a constituir la tutela acumulada a un juicio de jurisdicción contenciosa presupone un expediente incoado o promovido, no un pedimento que se formule en un juicio contencioso, aunque el citado pedimento puede hacerse en sede de jurisdicción voluntaria.

Se concluye que «la finalidad de la norma que estatuye la formalidad del proceso contencioso para obtener la declaración de incapacidad y la simplicidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria para que el nombramiento del tutor se haga en proceso contencioso, no es la de excluir la petición de nombramiento del tutor de su ámbito, sino la de disponer de un cauce, lo más desformatizado posible, no sólo aplicable a los supuestos en lo que no se provea o pueda proveerse con la celeridad debida a su designación en el mismo proceso, sino también a otros prevenidos por el artículo 222 del CC» (STS de 28 de abril de 2003).

La sentencia que declare la incapacidad ha de fijar la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que debe quedar sometido el incapacitado. Nombramiento de tutor en procedimiento distinto. Situaciones fácticas excepcionales.—El artículo 210 CC preceptuaba que la sentencia en la que se declarase la incapacitación, además de determinar la extensión y los límites de ésta, fijaría el régimen de tutela o guarda a que hubiese de quedar sometido el incapacitado. No obstante, la pretendida ilegalidad del nombramiento de tutor dentro del juicio de incapacitación no podía ser aceptada si nos atenemos a las reglas prevenidas para su determinación. En el caso, como explica la sentencia recurrida, «han sido atendidas las circunstancias personales del demandado, quien desde el año 1994 vive con su hermana y demandante, estando de acuerdo sus otros dos hermanos vivos en que la actora sea nombrada tutora del demandado, y habiendo fallecido los padres de éste se considera como persona más idónea para ser designada tutora del demandado a su hermana doña C. E. L. (art. 234.4 CC), quien deberá comparecer ante este juzgado en el plazo de quince días para aceptar y jurar el cargo, y tomado siempre posesión del mismo para que en el plazo de sesenta días siguientes a la toma de posesión haga inventario de los bienes del tutelado».

Administración judicial de los bienes del demandado.—Habiendo sido nombrada doña C. E. L. administradora judicial de los bienes del demandado, está obligada a rendir cuentas sobre su gestión respecto de la pensión que solicitó al INSS (art. 299 bis CC), acordándose que en fase de ejecución de sentencia se proceda a la oportuna rendición de cuentas. (STS de 28 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El *thema decidendi* del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se contrae a determinar la licitud jurídica del nombramiento del tutor habido en el proceso de incapacitación

del que trae causa la impugnación ya que el discernimiento para referido cargo ha de efectuarse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (según la DA de la Ley 13/1983 de reforma del Código civil en materia de tutela) y, por ello, separadamente de la declaración previamente acordada de incapacitación en proceso de naturaleza contenciosa (art. 199 CC), en relación con la ya señalada Disposición Adicional. Contra la sentencia de primera instancia recaída en el juicio de menor cuantía que declaró la incapacidad y nombró la tutora que debía representar al incapaz se alzó el Ministerio Fiscal, y frente a la dictada en apelación, que confirmó la proferida en la primera instancia, recurre en casación el Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Pronunciamientos jurisprudenciales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 declaran que «es procedente realizar, aparte de la declaración solicitada –incapacitación–, el nombramiento de tutor». Entre otras, la STS de 22 de julio de 1993. En la actualidad, influenciado por la doctrina jurisprudencial anterior, la nueva y vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, expresamente ratifica la práctica que permite que en los procesos de incapacitación (arts. 756 y ss.) se puede solicitar en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, ordenando que sobre esta cuestión se oiga a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno. (*M. F. N. C.*).

19. El «levantamiento del velo» de la persona jurídica.—«En el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española, se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC) la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado por supuesto– se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés social, es decir, de un mal uso de su personalidad de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)» (FD 5.^o).

De esta forma, con la doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica se puede percibir su auténtica realidad y averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero. En aplicación de esta doctrina tiene declarado el Tribunal Supremo que no cabe sostener la prevalencia de la personalidad jurídica o la separación de patrimonios cuando se da una confusión de los mismos y no existe independencia, hallándonos en realidad ante una mera configuración formal de dos sociedades que no son otra cosa que el desdoblamiento de una persona con fines fraudulentos, rompiendo el principio de buena fe negocial (SSTS de 5 de abril y 16 de octubre de 2001).

La aplicación de esta doctrina requiere que se pruebe que los entes sociales han sido utilizados para perjudicar los derechos de terceros (STS de 16 de noviembre de 1993). (STS de 22 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del juicio ejecutivo seguido por *Construcciones Miguel Peña, S. A.*, contra *Imagínate, S. A.*, el día 4 de mayo de 1993 se practicó diligencia de embargo, trabándose tres inmuebles. Resultó que los citados inmuebles habían sido vendidos por la *Mercantil Imagínate, S. A.* a *Caren, S. A.*, por escritura pública celebrada el día 3 de mayo de 1993. *Caren, S. A.* insta una tercería de dominio contra las demandadas, *Construcciones Miguel Peña, S. A.* e *Imagínate, S. A.*, suplicando que se alce el embargo trabado el 4 de mayo de 1993 sobre las fincas gravadas. *Construcciones Miguel Peña, S. A.* formula reconvencción y oponiéndose a la demanda ejercitada considera que la compraventa era nula por simulación y fraude al coincidir básicamente las personas que ostentan la representación de las citadas entidades y no haberse acreditado el pago del precio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas acciones, la de tercería por acreditarse la simulación y su nulidad radical y la reconvencción por apreciarse la falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial estimó la tercería al considerar el título válido. *Construcciones Miguel Peña, S. A.* formalizó recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha reiterado en múltiples sentencias que la teoría del «levantamiento del velo» de la persona jurídica consiste en que en ciertos casos y circunstancias, se prescinde de la forma externa de la persona, y a partir de ahí, se penetra en la interioridad de la misma para examinar los reales intereses que existen o laten en su interior, y así poner límite a los fraudes y abusos que por medio de la persona jurídica se pueden cometer (SS de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, 25 de enero, 29 de abril, 13 de mayo, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989; 3 de junio de 1991, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 16 de febrero de 1994, 9 de octubre y 11 de noviembre de 1995, 31 de octubre de 1996, 13 de febrero y 25 de octubre de 1997, 9 de noviembre de 1998, 17 de octubre y 22 de noviembre de 2000, 5 y 7 de abril y 8 de mayo de 2001, entre otras muchas).

Las circunstancias por las que el Tribunal Supremo considera acreditada en esta sentencia la interconexión entre ambas sociedades son múltiples: en primer lugar, destaca la deficiente plasmación de la realidad del precio que se dice confesado, también considera la singularidad de que el título de la compraventa se gesta un día antes del de la traba, por último el Alto Tribunal destaca que ambas sociedades provienen de un mismo grupo económico-familiar, como lo demuestra la composición de su accionariado y, en especial, por la actuación relevante que en la estructuración de la compraventa a favor de la tercerista tuvo la presencia de don Manuel que no sólo era el presidente de las dos sociedades, sino que unos días antes de la operación, el 3 de mayo de 1993, otorga poder a favor de su hermano para que éste actúe en nombre de la comprado-

ra. Por consiguiente, el Tribunal Supremo concluye que el tercerista carece de esa cualidad indispensable de ser auténtico tercero en el proceso trabado.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia considera que también procede la aplicación de esta doctrina cuando todas las acciones de una sociedad tienen titular único, puesto que en la situación jurídica originada por la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, que legalmente no es causa de disolución de la misma, es más fácil perpetrar este abuso (SSTS de 3 de junio de 1991 y 9 de noviembre de 1998).

Las SSTS de 11 de noviembre de 1995 y 16 de octubre de 2001 resuelven supuestos semejantes al de la sentencia anotada y también entienden que la entidad tercerista carecería de la condición de tercero porque existía una total identidad y confusión, obviamente buscada de propósito, entre dicha sociedad y la ejecutada en aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo». (M. C. L. J.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

20. *Fiducia cum creditore.*—Reiterada y uniforme doctrina de la Sala —SSTS 21 de marzo de 1969, 4 de abril de 1972, 3 de mayo de 1976, 19 de mayo y 2 de junio de 1982, 6 de abril de 1987, 25 de febrero de 1988 y 8 de marzo de 1988— admite la validez y eficacia de dicha figura negocial, caracterizada por el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa del préstamo con afianzamiento previsto en el ordenamiento jurídico, y cuya esencia consiste en un negocio jurídico en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido, sin que, por tanto, pueda motejarse de contrato ficticio, aparente o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes, pero de finalidad unitaria, uno de naturaleza real por la que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional que constriñe a la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado, constituyéndose en su conjunto en un contrato causal, conforme al artículo 1274 CC.

«La doctrina más reciente se aparta de la teoría del doble efecto, real y obligacional, en el contrato fiduciario e incluso prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae* como comprendida en el artículo 1274 CC. No obstante, no puede tildarse el negocio fiduciario de ficticio o simulado, por lo que la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada, artículos 1255 y 1286 CC, lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía, en cuanto fue elemento determinante de la concesión del préstamo, cuya extinción por pago arrastrará sin duda la titularidad del fiduciario, pero, en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un *ius* o *titulus retinendi* y si el cumplimiento no llega a producirse dentro del plazo

para ello estipulado expresamente, consolidará el pleno dominio a su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen del propio negocio fiduciario, que impidan al contrato, a través del cual fue instrumentado, desplegar la referida virtualidad transmisiva del dominio (STS de 7 de marzo de 1990)». (STS de 15 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—P. S. R. interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre acción reivindicatoria y personal solicitando la elevación a escritura pública del documento de compraventa de la finca. Son antecedentes necesarios para el entendimiento y resolución de esta sentencia los que a continuación se exponen. J. S. S., padre del demandante, apodera mediante escritura pública a su hijo P. S. R. para que, entre otras facultades, pueda vender y comprar inmuebles en nombre de su poderdante. En uso de este poder P. S. R. vende la finca «Can Cornet» a J. E. M., sobre la que ya se había iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria, con reserva de un derecho de readquisición de la misma por precio de 9.900.000 pesetas, siendo en realidad superior; exactamente, asciende a 14.000.000 de pesetas que recibió en su totalidad, renunciando a la impugnación de la venta por causa de lesión en el precio, si la hubiere. Asimismo, mediante documento privado complementario al anterior, J. E. M. vende a P. S. R. por 14.000.000 de pesetas el mencionado inmueble, si bien el pago del precio se aplaza un año sin intereses. J. S. S. demanda a J. E. M. y a P. S. R. solicitando la nulidad de las compraventas por extralimitación en el uso del poder y, subsidiariamente, la rescisión por lesión del contrato por el que se vendió la finca a J. E. M. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pronunciamiento que fue confirmado en apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (M. F. N. C.)

21. La causa del contrato. Teoría subjetiva y objetiva. Los móviles en el contrato.—La doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha tenido presente el aspecto subjetivo de la causa como última *ratio* determinante de la misma. No obstante, se señala la causa como «finalidad genérica prevista por la norma» (FJ 1.^o), partiendo de la definición legal del artículo 1274 CC, en la que en los contratos sinalagmáticos se precisa la causa por el dato objetivo de intercambio de prestaciones (SS de 8 de julio de 1974 y 8 de julio de 1983). La ineffectividad de una prestación prometida no debe considerarse falta sobrevenida del requisito causa (*causa non secuta*), sino relacionarlo con la posibilidad de resolución del artículo 1124 CC, o con la teoría de la frustración contractual, al impedir dicha situación alcanzar el fin perseguido.

Los móviles subjetivos que impulsan a los contratantes han de diferenciarse de la causa del contrato, de carácter objetivo. Se persigue causalizar una finalidad concreta, aunque se acentúe el aspecto subjetivista de la causa, con el propósito de que trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de ambos contratantes (SS de 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1972 y 3 de febrero de 1981). La relevancia jurídica de los móviles como fin individual necesita

configurarse como causa impulsiva: para que los móviles subjetivos repercutan en el negocio, han de ser conocidas por ambos y elevadas a presupuesto determinante del pacto de ambos (SS de 1 de abril de 1982, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989, 27 de diciembre de 1996 y 1 de abril de 1998). «El móvil subjetivo es una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio».

Apreciación de simulación contractual como cuestión de hecho.—Es uniforme la doctrina jurisprudencial que considera como cuestión de hecho la apreciación o no de simulación contractual, ya sea absoluta o relativa. Es en primera instancia donde debe dilucidarse la existencia de simulación, mantenida en casación (SS de 9 de junio de 1990, 28 de febrero y 24 de junio de 1991, 29 de enero de 1992, 24 de junio y 20 de julio de 1993, 16 y 3 de junio de 1995, 19 de junio y 31 de diciembre de 1997, 21 de septiembre de 1998 y 5 de febrero de 2000).

Facultad interpretadora de los Tribunales de Instancia.—La interpretación de los convenios, contratos, pactos u obligaciones por parte de los Tribunales de Instancia reside en la propia soberanía juzgadora de los mismos. La posibilidad de rechazar dicha interpretación en casación sólo tiene lugar cuando se haya realizado contraviniendo la legalidad, sean erróneas, disparatadas, arbitrarias o contengan conclusiones disparatadas (S de 18 de junio de 1992), es decir, cuando se desprenda un resultado que pugne contra la elemental lógica, racionalidad o proporcionalidad (S de 11 de febrero de 1993). (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia por dos sociedades demanda en la que solicitaba se declarase nulo e ineficaz el contrato celebrado con los demandados el 4 de mayo de 1994, por simulado. Para las actoras, este contrato exteriorizaba los motivos de celebración de ambas partes al indicar que quedaba sin valor el documento fechado el 21 de marzo de 1994, en el que se comprendían determinados compromisos condicionados al hecho de que fueran expresamente aceptados por dos de los demandados, modificado en el posterior contrato a que dichos compromisos de no proseguir con los trámites judiciales lo serían por plazo de un año. Existiendo por ello simulación contratual, ya que según las demandantes, el contrato realmente querido por las partes era idéntico al realizado el 21 de marzo de 1994. Se solicitó se condenase a los demandados a pagar con carácter solidario a la entidad mercantil la cifra que ascendía a los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado desestima la demanda, recurriendo los actores en apelación, siendo de nuevo desestimado. Se recurre en casación, con base en la violación de la doctrina subjetiva de la causa, y los artículos 1276 y 1282 CC.

NOTA.—La presente sentencia anotada continúa con la línea jurisprudencial que defiende la idea de objetividad en la figura de la causa. La polémica se centra en la relevancia jurídica de los motivos para dilucidar la existencia o no de la causa. Parece continuar con la mayoritaria doctrina de la Sala 1.^a. No obstante, la postura cambia si el caso que se juzga se centra en la apreciación de ilicitud causal, en que la Jurisprudencia adopta una postura más beligerante que la que se presenta en esta sentencia con respecto a la subje-

tividad de la causa y la relevancia jurídica de los motivos comunes a las partes. (P. S. S.)

22. Dolo vicio del consentimiento. Requisitos.—Aunque el Código civil no dice qué se entiende por dolo ni cuáles son las características de la conducta dolosa la doctrina exige los siguientes requisitos: *a)* una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; *b)* que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido a causa del engaño u otra insidiosa influencia; *c)* que sea grave si se trata de anular el contrato; *d)* que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (STS de 29 de marzo de 1994).

Dolo. Carga de su prueba al contratante que lo alegue.—El dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (SSTS de 22 y 28 de febrero de 1961), no bastan al efecto meras conjeturas (STS de 25 de mayo de 1945) y se necesita constancia de que se emplearon palabras o maquinaciones como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial. Es admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico.

Dolo. Apreciación de los hechos determinantes del mismo.—Conforme a una jurisprudencia consolidada, la apreciación de la existencia de hechos determinantes de vicios del consentimiento, dada su naturaleza de cuestión fáctica, es de exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya conclusión probatoria ha de mantenerse invariable en casación si la misma no resulta desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello.

Determinación del objeto del contrato. Cuestión de hecho y error de derecho.—La determinación del objeto del contrato es una cuestión de hecho que no se puede impugnar en casación salvo error de derecho en la apreciación de la prueba. La alegación de error de derecho exige la cita de la norma supuestamente infringida y la exposición de la nueva resultancia probatoria.

Interpretación del contrato. Artículo 1283 CC.—La interpretación del contrato realizada en la instancia es correcta y ajustada al artículo 1283 CC, al no comprender en él cosas distintas ni casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Para desvirtuar dicha interpretación es necesario demostrar que la misma es ilógica, arbitraria o contraria a la ley.

Interpretación del contrato. Artículo 1284 CC.—El artículo 1284 CC impide que el empleo de términos equívocos con diversos sentidos o incluso contrapuestos conduzca a una interpretación absurda que prive de efectos a una cláusula o al contrato mismo. Este precepto sólo entra en juego cuando la intención de las partes al contratar no ha podido ser precisada a través de las normas o reglas contenidas en los artículos 1281 y 1282 CC. El artículo 1284 CC únicamente se tiene en cuenta cuando una cláusula admita varios sentidos, pero no cuando sea uno solo, pues en ese caso, entra en juego exclusivamente el artículo 1255 CC, en virtud del cual es eficaz toda cláusula contractual que las partes hayan establecido siempre que no sea contraria a la ley, la moral o al orden público (STS de 28 de enero de 1984).

Interpretación del contrato. Artículo 1286 CC.—Conforme al artículo 1286 CC la interpretación del contrato ha de venir inferida conforme al sentido propio y ordinario de las palabras en el lenguaje utilizado en la contratación mercantil, con preferencia a la significación semántica del aca-

démico y siempre dentro del contexto literal de los documentos en que haya sido empleada la palabra en cuestión e incluso atendido el sentido finalista de los negocios jurídicos que se constaten en tales documentos (STS de 7 de julio de 1989). (STS de 12 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de un local de negocio y del negocio de venta de periódicos, se acuerda que durante un período de un mes la parte compradora visite diariamente el negocio a fin de constatar la actividad y productividad del mismo. Transcurrido dicho plazo, la compradora abona parte del precio y recibe las llaves del local objeto del contrato.

La compradora presenta demanda solicitando la anulación del contrato por existencia de dolo en la parte vendedora alegando que le engañó respecto a los ingresos mensuales del negocio, pues le hizo creer que todas las ventas se hacían en el propio local, ocultando que la clientela fundamental del negocio era la que recibía los periódicos a domicilio. La vendedora se opone a la demanda y en reconvencción solicita que se condene a la compradora al cumplimiento del contrato.

En primera instancia se estima íntegramente la demanda y se desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial considera probado que el objeto del contrato fue única y exclusivamente el negocio que se ejercía en el local vendido y la clientela que asistía al mismo y no el negocio de reparto de prensa a domicilio, estima el recurso de apelación presentado por la vendedora, revoca la sentencia dictada en primera instancia y dicta sentencia en la que condena al cumplimiento del contrato. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la compradora. (L. S. M. P.)

23. Contrato de renta vitalicia. Anulabilidad por dolo: cómputo del plazo de prescripción de la acción.—Conforme a lo establecido en el artículo 1301 CC, el plazo de prescripción de la acción de anulabilidad por dolo comienza a contarse desde la consumación del contrato. Ahora bien, esto no significa que la acción de anulabilidad nazca en el momento de consumación del contrato, sino que la citada acción podrá ejercitarse hasta que no transcurran cuatro años desde la consumación del contrato.

Consumación del contrato.—Afirma el Tribunal Supremo que la consumación del contrato no puede confundirse con el momento de la perfección del contrato. En este sentido, jurisprudencia reiterada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que la consumación del contrato se produce cuando están completamente cumplidas todas las prestaciones de las partes (entre otras, SSTS de 5 de mayo de 1983, 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989). (STS de 11 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de dos contratos de renta vitalicia, doña R. P. N. transmite la propiedad de unos bienes a don A. C. P., obligándose éste a pagar, de forma vitalicia, una determinada cantidad de dinero.

Doña R. P. N. interpone demanda contra don A. C. P., solicitando se dicte sentencia en la que se declare, entre otras cosas, la

anulabilidad de los contratos de renta vitalicia, por tratarse de negocios jurídicos en los que el consentimiento se prestó mediando dolo e intimidación.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

24. Opción de compra. La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, en tanto que la motivación es la justificación del fallo, sin que ni una ni otra exijan una respuesta pormenorizada a cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes.

La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (así, SS de 8 de febrero y 11 de abril de 2000, 10 de abril y 16 de mayo de 2002) y la motivación exige un razonamiento que justifica el fallo que adopta la sentencia (SS de 12 de febrero de 2001, 1 de febrero y 25 de noviembre de 2002) sin que puedan confundirse uno y otro concepto (S de 2 de marzo de 2000). En el presente caso, no hay incongruencia omisiva (STC 187/2000, de 10 de julio) por cuanto se ha estimado esencialmente el *petitum* del suplico de la demanda, ni falta de motivación, por cuanto se ha justificado sobradamente la decisión que toma la sentencia; ni una ni otra alcanzan a la respuesta pormenorizada de cada uno de los argumentos que ha empleado cada una de las partes.

La denegación de la prueba de confesión judicial de la demandante no genera indefensión cuando es justificada, ni supone un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.—El motivo cuarto, también formulado al amparo del núm. 3 del artículo 1692 LEC, estima vulnerado el artículo 579 de la misma ley, por cuanto no se practicó la prueba de confesión judicial de la demandante. Este motivo se desestima, en primer lugar, en virtud del artículo 1693, porque no aparece pedida en la instancia la subsanación de la falta que se alega haberse cometido, ni aparece indefensión alguna, por cuanto los hechos han quedado suficientemente acreditados para resolver la acción ejercitada y, en segundo lugar, porque la denegación no es, por sí, un quebrantamiento de forma esencial del juicio, sino que exige (como dice la S de 7 de octubre de 1999) que se haga sin causa justificada, que produzca indefensión real y efectiva y que se haya pedido la subsanación, requisitos que no concurren en el presente caso.

La casación no es una tercera instancia: no cabe pretender que en ella se haga supuesto de la cuestión ni que se efectúe una nueva valoración de la prueba.—El motivo quinto alega que no se ha valorado adecuadamente la prueba documental y mantiene que la opción se ejerció en tiempo y forma. Es inaceptable y debería haber sido inadmitido un motivo que pretende una nueva valoración de la prueba, como si de una tercera instancia se tratase, ignorando la función de la casación (así, SS de 31 de mayo y 23 de noviembre de 2000); es hecho que se ha declarado probado la falta del pago, es decir, del ejercicio de la opción, en el plazo previsto y mantener lo contrario es hacer supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación (SS de 3 de mayo de 2001, 13 de septiembre y 21 de noviembre de 2002), por lo que no hay infracción alguna de las normas del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prueba documental que se alegan como infringidas.

La opción de compra no es un contrato del que surge una compraventa, sino un precontrato o, en todo caso, un derecho concedido por una parte a otra, para exigir unilateralmente, en un determinado plazo, la celebración de un contrato de compraventa.—En el motivo sexto se denuncia infracción de la jurisprudencia y se alega como infringido el artículo 1.6 CC y se hace mención del artículo 1445 del mismo código, para mantener que con la opción aparece una compraventa. No es así y confunde un precontrato con un contrato. En la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un concreto contrato. Por tanto, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa; pero ésta no nace si, al no ejercitar la opción en el plazo previsto, queda caducada. Así lo configura la jurisprudencia en innumerables SS: 17 de marzo y 18 de junio de 1993, 24 de mayo y 30 de junio de 1994, 14 de febrero de 1997, 11 de abril y 14 de noviembre de 2000. Éste es el caso presente. Por lo cual no se ha infringido doctrina jurisprudencial alguna.

La misma confusión se produce en el motivo séptimo, en el que alega la infracción del artículo 1451 CC. Éste es un precontrato bilateral de compraventa, difícilmente distinguible del contrato de compraventa y que no es el caso presente, en que se dio un claro precontrato de opción de compra. Así, SS de 6 de junio y 11 de octubre de 2000. (STS de 5 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La dueña de un inmueble que había concedido una opción de compra del mismo, demanda que se declare extinguida la opción por transcurso del plazo de ejercicio y que se le devuelva la posesión del inmueble en cuestión, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, tras declararse también la extinción del contrato de arrendamiento que se había celebrado sobre el mismo inmueble y entre las mismas partes, una vez extinguida la opción.

La sentencia de casación confirma íntegramente la de apelación en la que, al igual que en la de primera instancia, se acogían las pretensiones principales de la demandante. (M. C. B.)

25. Legitimación activa del beneficiario de un contrato por persona a designar.—Habiéndose pactado en la estipulación cuarta del contrato litigioso, titulada «Plazo y forma de entrega» que «la escrituración se realizará a nombre de la persona física o jurídica que el acreedor designe» y habiendo tenido cabal conocimiento las entidades hoy recurrentes de la designación a tal efecto de la mercantil codemandante antes de la interposición de la demanda, como ellas mismas reconocen en los hechos quinto y sexto de su contestación a la misma, es indudable no sólo el interés legítimo de dicha mercantil en un sentido amplio y favorable a su tutela judicial conforme a los artículos 24 CE y 7.3 LOPJ, sino también su legitimación activa y muy directa para formular los dos primeros pedimentos de la demanda.

Naturaleza representativa del contrato por persona a designar.—La más autorizada doctrina que ha tratado del contrato por persona a designar, aproximándolo a un supuesto de representación directa en que el contrato se entiende concluido por el representante original o por la persona designada según se ejercite o no la facultad de designar, lo configura como un contrato

único con dos sujetos alternativos de los que uno es el contratante y el otro la persona a designar, bajo condición resolutoria para aquél y bajo condición suspensiva para éste, que en el caso examinado no sólo fue efectivamente designado sino que, además, manifestó su aceptación mediante un acto tan concluyente como la interposición de la demanda.

La parcialidad sobrevenida del árbitro designado deja expedita la vía judicial.—Designado en su día el árbitro por las partes en el propio contrato atendiendo a la relación que por entonces tenía con las dos y la especial confianza que a ambas les merecía, y manifestada antes de la comparecencia del juicio de menor cuantía su renuncia por una causa que le impedía desempeñar su cometido con imparcialidad tras haber intentado aproximar a las partes a una solución extrajudicial, se produjo una situación equivalente a la contemplada en el apartado 2 del artículo 38 de la Ley de Arbitraje para dejar expedita la vía judicial, máxime cuando ya antes de contestar a la demanda, y por tanto de proponer la correspondiente excepción, la parte demandada había impedido en gran medida el arbitraje sobre «desarrollo o liquidación del contrato» al transmitir el local a un tercero, conducta claramente demostrativa de su falta de interés real en el arbitraje por la persona designada en su día o por cualquier otra.

Ámbito propio de la Ley de Represión de la Usura.—El contrato litigioso no era un préstamo ni equivalía a una operación de préstamo de dinero, ámbito propio de la Ley de 1908 según sus artículos 1 y 9, en el escrito de contestación a la demanda no se pidió declaración de nulidad alguna, alegándose únicamente la improcedencia de la condena al pago de la cantidad ya mencionada y, en fin, ninguna prueba propuso la parte demandada sobre una posible desproporción manifiesta del interés pactado con el normal del dinero por aquella época, cuyos tipos por cierto ni siquiera se sugieren o apuntan en el motivo aquí examinado.

El interés pactado en una cláusula penal no tiene carácter usurario.—La parte demandada-recurrente, sin hacer un análisis mínimo de la función contractual de la cláusula en que se estipulaba ese interés del 3% mensual, da por sentado sin más que cualquier pacto de intereses superiores al normal del dinero, al margen de su finalidad y del tipo de contrato en que se inserte, es nulo de pleno derecho, tesis rotundamente desautorizada por el texto del propio artículo 9 de la Ley de 1908 que se cita como infringido y, desde luego, por sentencias de esta Sala que, además de exigir el oportuno ejercicio de la acción de nulidad para que ésta pueda declararse (STS de 15 de noviembre de 1995 en recurso núm. 2457/92), supeditan la aplicabilidad de la Ley de Represión de Usura de 1908 a la necesaria e inexcusable existencia de un préstamo de dinero en forma directa o encubierta (STS de 8 de noviembre de 1994 en recurso núm. 3544/92), naturaleza difícilmente predicable de un contrato que, como el litigioso, tenía como contenido esencial el reconocimiento, en el año 1989, de una deuda a consecuencia de relaciones comerciales entre las partes que se remontaban al año 1982 (manifestación I), la determinación de su importe en 23.777.000 pesetas (estipulación primera), su pago mediante venta en dación en pago de un local o edificio a construir (estipulación tercera) y, en fin, la fijación de un plazo de veinte meses para la entrega del local, cuyo incumplimiento determinaría la automática aplicación de un interés del 3% mensual al monto total de la deuda reconocida «en concepto de remuneración legal del dinero retenido, prevaloración de daños y perjuicios y cláusula penal por incumplimiento» (estipulación cuarta). Lo pri-

mordialmente pactado fue, pues, una cláusula penal con función claramente coercitiva o del estímulo al cumplimiento del deudor en lógica contrapartida al plazo que se le concedía para cumplir, de suerte que difícilmente cabe detectar operación alguna equivalente a un préstamo de dinero ni apreciar ninguna de las circunstancias que según el artículo 1 de la Ley de 1908 serían determinantes de su nulidad. (STS de 27 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes habían suscrito años atrás un contrato de reconocimiento de deuda que se saldaría mediante la dación en pago de un local comercial pendiente de construirse, que se entregaría a la persona que designase la acreedora. Las demandantes solicitaron el cumplimiento del contrato de dación en pago y el pago de diversas indemnizaciones de daños y perjuicios originados por el incumplimiento de la demandada. Después de transmitir a un tercero el local comercial objeto del litigio, la demandada negó que uno de los demandantes tuviera legitimación activa por tratarse del beneficiario en un contrato por persona a designar; también alegó la incompetencia del tribunal por existir un convenio arbitral suscrito entre las partes; denunció que el interés pactado para calcular la indemnización de daños y perjuicios era usurario, pretendiendo que se aplicase en su lugar el interés legal del dinero. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al admitir la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo estimaron la demanda y condenaron a la demandada al cumplimiento del contrato y a indemnizar los daños y perjuicios previstos. (L. F. R. S.)

26. Resolución del contrato por incumplimiento.—La facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas, prevista en el artículo 1124 CC, exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben (SSTS de 22 de octubre de 1985, 14 de abril y 30 de junio de 1986, 13 de marzo de 1990, 18 de marzo y 22 de mayo de 1991, 9 de mayo de 1994, 24 de octubre, 16 de noviembre y 27 de diciembre de 1995).

La *exceptio non rite adimpleti contractus* como oposición al ejercicio de la resolución por incumplimiento.—El éxito de dicha excepción de contrato no cumplido adecuadamente —como justa causa de oposición a la acción resolutoria— está condicionado a que el defecto o defectos sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del otro contratante. Dicha excepción no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del contratante quede satisfecho con lo entregado u ofrecido (STS de 13 de enero de 1985). (STS de 14 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de octubre de 1994 las partes celebran un contrato de compraventa de un inmueble. En ese momento, el comprador entrega parte del precio y se acuerda que el resto se abone en abril de 1995. Cumplido dicho plazo, el comprador no

abona el resto del precio y el vendedor efectúa dos requerimientos notariales en los que insta la resolución del contrato. El comprador contesta al último de ellos y se opone a la resolución alegando la existencia de incumplimiento por parte del vendedor (falta de titulación del vendedor para otorgar escritura pública, ausencia de urbanización y falta de terminación de algunos elementos de la vivienda).

La parte vendedora presenta una demanda en la que solicita la resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Por su parte, la compradora había presentado una demanda solicitando el cumplimiento del contrato. Se procede a la acumulación de autos.

En primera instancia se desestima la demanda de la parte compradora y se estima la demanda presentada por la parte vendedora, declarando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del comprador. En apelación se revoca la sentencia dictada en primera instancia y se estima la demanda interpuesta por la compradora, condenando al cumplimiento del contrato. La vendedora presenta recurso de casación en cuyos motivos alega infracción del artículo 1124 CC. (*L. S. M. P.*)

27. Doctrina jurisprudencial sobre los requisitos exigidos para que proceda la indemnización de daños y perjuicios.—Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 CC, según la jurisprudencia, son: la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos (S de 30 de noviembre de 1973).

Falta de prueba del incumplimiento contractual que origina daños morales.—Dado este marco inexcusable de interpretación jurisprudencial, no se aprecia en el caso de autos que se haya probado incumplimiento contractual necesario para la exigencia de los daños morales, que parcialmente se han estimado en la sentencia recurrida. (Sin que suponga olvido de la posible responsabilidad extracontractual por daños acústicos, que implica acción no ejercitada en estos autos). Y así resulta del proyecto de construcción de pisos en el que aparecen paredes separadoras de propiedades o usuarios distintos, ladrillo hueco doble que es el que el perito reconoce que se ha empleado, al margen de las consecuencias que unilateralmente en este aspecto concreto de la construcción obtiene y sin que se alegara desviación en la construcción de las paredes separadoras, de donde provendría la producción de daños morales. Ello implica la infracción denunciada, pues tampoco se alude ni se prueba la conducta de la promotora constitutiva de dolo, negligencia o morosidad. (**STS de 10 de julio de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes reclamaron a la promotora de una urbanización por diversos conceptos; entre ellos se solicitaba la indemnización de los daños morales sufridos, por valor de 1.500.000 pesetas a cada uno de los actores. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, en concreto, condenó a la demandada a indemnizar por los daños morales, por importe de

750.000 pesetas a cada demandante. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, reduciendo la cuantía de la indemnización del daño moral a 250.000 pesetas a cada demandante. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la promotora y dejó sin efecto la obligación de indemnizar por los daños morales. (L. F. R. S.)

28. Acción pauliana. *Consilium fraudis*. No necesidad de un ánimo fraudulento en el tercero.—No se exige en el tercero una intención o propósito específico de perjudicar al acreedor anterior, bastando para la apreciación del *consilium fraudis* que tenga conocimiento de que el deudor, con esa operación, se queda en situación de no poder dar satisfacción a los créditos contraídos con anterioridad.

Prelación de créditos. Artículo 1923.3.º CC.—En dicho precepto se establece la preferencia de los créditos hipotecarios anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes hipotecados, respecto a los demás créditos que consten en escritura pública.

Hipoteca. Artículo 1876 CC.—Conforme a este artículo, la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. (STS de 13 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora ejercita acción rescisoria o pauliana frente a la constitución por los demandados de tres hipotecas sobre tres fincas urbanas que hicieron imposible el reembolso de los préstamos otorgados por la demandante, cuyos avalistas eran los titulares de las fincas.

Los créditos de la actora constaban en documento público y habían sido otorgados en 1991, 1992 y 1993. En diversas fechas del año 1994 la actora promovió diversos procedimientos ejecutivos para el cobro de dichos créditos. Su reembolso fue imposible debido a la existencia, junto con otros gravámenes, de tres hipotecas. Éstas fueron constituidas el 24 de enero de 1994 e inscritas en el Registro el 20 de septiembre del mismo año, para la realización de unos préstamos que sin dichas garantías no se habrían obtenido. La demanda se desestima tanto en primera instancia como en apelación.

NOTA.—La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, de reciente entrada en vigor (1 de septiembre de 2004), ha derogado las disposiciones contenidas en el Título XVII del Libro IV del CC («De la concurrencia y prelación de créditos») relativas a los procedimientos de quita y espera y de concurso, manteniendo las de preferencia de créditos para los supuestos de ejecución singular. Los artículos 89 a 92 de la citada ley son los que establecen la clasificación de los créditos en caso de concurso.

Para evitar problemas de desajuste entre la regulación de la concurrencia y prelación de créditos en los ámbitos concursal y extraconcursal, la DF 31.^a encomienda al Gobierno que en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal presente a las Cortes Generales un Proyecto de Ley

sobre reforma de los Códigos civil y de comercio en materia de concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares. (B. F. G.)

29. El plazo de ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores es de caducidad.—El plazo establecido en el artículo 1299.1 CC, no es susceptible de interrupción, pues se trata de un plazo de caducidad, según ha sido entendido por la jurisprudencia como se recoge en la S de esta Sala de 4 de septiembre de 1995, al señalar que «tal plazo se ha entendido por la jurisprudencia como de caducidad según se deduce de las SS de 4 y 5 de julio de 1957, valiendo para la rescisión de los contratos lo que la primera de ellas aplicó a la rescisión de las acciones, lo que se desprende de la locución empleada ('dura' o 'durará'), y la naturaleza preclusiva del término fijado para el ejercicio eficaz de un derecho, que decae por su no utilización, para dar fijeza a la propiedad y seguridad a las transacciones».

El momento desde el que comienza a computarse el plazo de caducidad es el de inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad.—No habiendo señalado, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1299, para los dos casos específicamente contemplados en el mismo, el momento a partir del cual ha de comenzar el plazo, la jurisprudencia ha aplicado para estos supuestos, por interpretación analógica, el artículo 1969 CC, por entenderlo el más favorable para el perjudicado, y dada la natural y estructural semejanza de la caducidad y la prescripción (como señaló ya la S de esta Sala de 16 de febrero de 1993), el señalado en el indicado precepto para éstas, el momento en que la misma puede ser ejercitada; que en el supuesto de autos entendemos ha sido el correctamente aplicado por la sentencia recurrida, al deferirlo al momento de la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad.

El ejercicio conjunto de las acciones penal y civil no interrumpe el plazo de caducidad.—Lejos de haber reservado en el proceso penal las acciones civiles, la entidad hoy actora en el proceso civil había comparecido anteriormente en el proceso penal como acusador particular, ejercitando conjuntamente la acción penal y la civil indemnizatoria derivada de ese delito de alzamiento a la que se dio lugar en primera instancia, que junto a la condena penal del señor S. y señora A., se les condenaba a que solidariamente, en concepto de indemnización, pagasen al ahora recurrente la suma de 20.480.264 pesetas que es la cantidad que el señor S. adeudaba a CASE, S. A., pronunciamiento este que fue dejado sin efecto en la sentencia de apelación, por entender la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial que en esta clase de delitos, que se fundamentan en la insolvencia de los imputados, la condena a una indemnización no conduce a ningún resultado positivo y lo procedente habría sido la solicitud de que se dejaran sin efecto los contratos llevados a cabo en fraude de acreedores, y acordar reponer el patrimonio del deudor a la situación que gozaba antes de la celebración de los negocios jurídicos fraudulentos. (STS de 30 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Después de un proceso penal en el que el acreedor que era acusador particular no se reservó las acciones civiles y en el que los deudores fueron condenados por delito de alzamiento de

bienes, el acreedor instó un procedimiento civil solicitando la rescisión por fraude de acreedores de la compraventa efectuada por los deudores. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró rescindidos la compraventa y ulteriores hipotecas referidas a la finca enajenada. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado por la Audiencia Provincial, al considerar que había caducado la acción de rescisión, puesto que el ejercicio conjunto de las acciones penal y civil no había interrumpido el plazo de ejercicio de la acción. El Tribunal Supremo declaró que no había lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

30. Tercería de mejor derecho en relación con preferencia de créditos. La preferencia entre créditos sin privilegio especial se determina por el orden de antigüedad de las fechas de los documentos públicos en los que se instrumentan. No obstante, las pólizas de préstamo incorporan un crédito líquido desde la fecha del título en tanto que las pólizas de crédito incorporan un crédito que sólo lo es al cierre de la cuenta.—Hay que tener en cuenta que tratándose de créditos sin privilegio especial que constan en escritura pública, a los que se equiparan los documentos intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado (SS de esta Sala de 6 de junio de 1996 y las que en ella cita, de 21 de septiembre de 1984, 3 de noviembre de 1989, 5 de diciembre de 1991 y 22 de marzo de 1994), a tenor del precepto señalado como vulnerado por la parte recurrente, la preferencia entre sí se determina por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras, o en este caso, las pólizas mercantiles; ahora bien, para la concreción de esa fecha hay que tener en cuenta determinadas circunstancias que en ocasiones no vienen expresadas en el título, como es la determinación desde cuándo el crédito que tiene el tercerista ha de entender que es de líquido y exigible; por lo que a este respecto, la doctrina de esta Sala ha distinguido las pólizas de préstamo de las de crédito (SS de 30 de junio de 1994, 30 de octubre de 1995 y 18 de febrero de 2002), sosteniendo respecto a las primeras, que la fecha de su liquidez hay que referirla a la fecha del título, dada la propia naturaleza del negocio, el préstamo, que supone la entrega de una cantidad determinada de dinero, que ha de ser devuelta en determinados plazos, con un interés también previamente establecido, por lo que no hay duda sobre la liquidez de la cantidad exigible; cuestión distinta se contempla en las pólizas de créditos, supuestos en los que la liquidez se fija al cierre de la cuenta, en atención a que la suscripción de estas clases de póliza supone para el acreditado la concesión de un crédito hasta determinada cantidad, de la que podrá disponer de acuerdo a sus necesidades, por lo que la cuantía de la deuda no está en ningún caso determinada en el momento de suscripción de la misma, ya que su cuantía depende del uso que el acreditado haga de su crédito, por lo que necesita de una liquidación al cierre de la cuenta, y es la fecha de ésta la que determina la preferencia, porque es cuando la deuda puede entender que es líquida.

En el caso de autos, como se ha expuesto en el fundamento primero de esta resolución, pese a los razonamientos que se hacen en la sentencia recurrida, no existen motivos para modificar la doctrina expuesta en el párrafo anterior, ya que la cláusula en que pretende basar la modificación, como se ha puesto de manifiesto en la S de esta Sala de 30 de abril de 2002, supone pura y simplemente un pacto procesal que trata de facilitar el proceso

ejecutivo, pero que en nada afecta a la prelación del crédito del tercerista fundado en la póliza de préstamo, que constituye una obligación líquida, toda vez que se perfeccionó por la entrega de la cosa. En la misma línea están las SS de 4 de julio y 2 de noviembre de 2002, al sostener que la póliza de préstamo refleja una indiscutible realidad crediticia que representa una deuda exigible, porque en los contratos de préstamo la cantidad prestada se entrega al tiempo de la suscripción, por lo que no hay duda de que será la fecha de la escritura o de la póliza la que habrá de tenerse en cuenta a efectos de preferencia, y no a la de su liquidación, que se limitó a verificar una operación aritmética, y todo ello, a que como es corriente, como se sostiene en la S citada de 4 de julio, aunque el préstamo se haya pactado con interés y el tiempo, como ocurre en este supuesto, concluyendo la fundamentación de la sentencia indicada que «en definitiva, una deuda tiene carácter de líquida cuando el exacto cálculo de la cuantía de la deuda puede determinarse mediante la realización de determinadas operaciones matemáticas, al ser conocidas de manera evidente las premisas económicas que, con toda certeza, conduzcan al necesario señalamiento de la cuantía de la misma», por lo que hay que concluir que el cálculo de los intereses no constituye, en el caso de autos, operación compleja.

Por lo expuesto ha de darse lugar al recurso de casación y anulando la sentencia de apelación, mantener, confirmándola, la sentencia de primera instancia en todos sus pronunciamientos incluido el de costas. **(STS de 7 de mayo de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Instada por cierta entidad bancaria la ejecución de una póliza de crédito y obtenido así el embargo de bienes del deudor, otro banco interpone tercería de mejor derecho, al existir a su favor una póliza de préstamo de fecha anterior a la de la ejecutante. La sentencia de primera instancia da la razón al tercerista, basándose en la preferencia crediticia establecida por el artículo 1924.3.º CC a favor del titular del crédito de fecha más antigua. La sentencia es revocada por la de apelación, por estimar que el crédito del tercerista, al ser un préstamo a interés variable, no era líquido desde la fecha del título, sino que la determinación de la cantidad adeudada quedaba a expensas de complejas operaciones aritméticas que debían realizarse por el Banco acreedor para poder proceder a la ejecución del crédito. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de apelación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo. *(M. C. B.)*

31. Contrato de arrendamiento financiero-*leasing*. Prelación de créditos.—Para resolver el conflicto preferencial habrá de estarse a la fecha de la póliza de arrendamiento financiero. Así lo viene declarando reiteradamente la jurisprudencia, dado que en el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización en plazos. **(STS de 17 de junio de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—La mercantil *Mapfre Leasing, S. A.* interpuso demanda contra las entidades *Banco Gallego, S. A.*, *Suministros Hidráulicos Neumáticos Betanzos*, don E. V. C. y doña. E. L. S. solicitando se declarase preferente su crédito. El Juez de Primera Instancia núm. 4 de La Coruña dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

32. Novación de la obligación. Salvo que conste terminantemente la voluntad de las partes de dar por extinguida la obligación primitiva, produciendo una novación extintiva de la misma, las modificaciones operadas en la obligación sólo producen una novación modificativa. Para que la asunción de la deuda tenga efectos liberatorios y no meramente cumulativos, es preciso el consentimiento expreso del acreedor, que no puede presumirse.—El análisis de la doctrina de esta Sala, en buena parte expuesta en las sentencias que se citan por el recurrente, permite sentar las siguientes conclusiones:

a) El concepto de novación está considerablemente ampliado en nuestro ordenamiento con relación al que a la misma correspondía en Derecho romano, pues actualmente comprende, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, la impropia o meramente modificativa. Es más, debe entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1203 CC, salvo que —como previene el artículo 1204— otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. De la conjunta interpretación de los mencionados preceptos se desprende que ha de verse reducido notablemente el alcance que pudiera parecer correspondería a esta institución a la vista de la rúbrica del capítulo IV del Título Primero del Libro IV del Código civil y de la afirmación, aparentemente general, del artículo 1156, que lo encabeza (SS de 19 de abril de 2002 y de 24 de octubre de 2000).

b) El deslinde entre la novación propia y la meramente modificativa ha de realizarse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración que se produzca (SS de 26 de julio de 1997 y 1 de diciembre de 1989).

c) Para que la asunción de deuda determine la extinción de la obligación primitiva se exige que haya concurrido la anuencia o ratificación expresa del acreedor, la cual nunca puede entenderse prestada en forma tácita o presuntiva, pues aquél no puede ver cambiada la persona de su deudor sin haber manifestado categóricamente su consentimiento (SS de 25 de enero de 1999 y 26 de abril de 1993, entre otras).

d) No existe en el Código civil precepto alguno que pueda servir de base a la tesis de que la simple modificación subjetiva de la obligación implique necesariamente la extinción de la misma, máxime si lo que sucede es la incorporación de un deudor más, que se compromete al pago sin liberar a los deudores primitivos (S de 9 de noviembre de 1998).

Es evidente que en el caso que nos ocupa, el hoy recurrente no ha intervenido en el convenio transaccional a que llegaron *Prima Inmobiliaria* y *Grimpol*, por lo que no ha podido prestar en él su anuencia a un supuesto

cambio de deudor motivado por la asunción de deuda de la primera entidad en cuanto a las costas judiciales causadas en el juicio 1020/89. Tampoco consta que, con posterioridad a dicho convenio, hubiese realizado una renuncia expresa a los derechos de que respecto a *Grimpol* se hallaba investido, como consecuencia de la representación procesal que de esta entidad había ostentado en aquellos autos. Por otra parte, el hecho de que formulase su reclamación directamente frente a *Prima Inmobiliaria* no puede ser interpretado como una implícita renuncia a su crédito contra su poderdante, pues a tal valoración se opone la consideración de que estaríamos presumiendo la existencia de un perdón o una liberación de deuda tácitos absolutamente carentes de contraprestación y por tanto de causa, los cuales no pueden ser calificados de razonables ni de razonables en el tráfico jurídico.

Forzoso es llegar a la conclusión de que el señor R. G. al demandar a *Prima Inmobiliaria* se limitó a ejercitar una de las opciones (sin excluir otras) que el acuerdo transaccional le concedía y que con su actuación beneficiaba a *Grimpol* al evitarle la anticipación de fondos, pues en virtud del contrato de mandato esta entidad se hallaba obligada a abonar a su Procurador sus derechos, gastos y suplidos, sin esperar a ser reintegrada por la parte condenada al pago de las costas.

La evidencia de que en todo caso ha existido una asunción de deuda no extintiva, sino meramente cumulativa obliga a acoger los motivos del recurso que han sido objeto de estudio y hace innecesaria la consideración de los restantes. (STS de 10 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima contrata los servicios de un Procurador para que la represente en un juicio contra otra sociedad. Terminado el proceso con una condena en costas para la parte demandada, ambas sociedades celebran un contrato de transacción en cuya virtud la condenada asume la obligación de pagar directamente al Procurador de su contraparte los honorarios devengados por sus servicios. Ante el retraso en dicho pago, el profesional decide demandar a su mandante, obteniendo en primera instancia una sentencia que condena a la empresa que le contrató a satisfacerle sus honorarios en el caso de que no lo haga la que asumió dicha obligación en la transacción posterior. Apelada la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial la revoca, por lo que el demandante interpone el recurso de casación al que el Tribunal Supremo declara haber lugar, basándose en que no hubo consentimiento del acreedor a una asunción de deuda liberatoria. (M. C. B.)

33. Las obligaciones dimanantes de los subcontratos de obra forman parte de la cesión del contrato administrativo de obra.—El efecto característico de la cesión del contrato, como consecuencia de la convergencia de voluntades, es la asunción por el cesionario, en virtud de la subrogación en la posición contractual, de las obligaciones pendientes que incumbían al cedente (SS, entre otras, de 26 noviembre de 1982, 5 de marzo de 1994 y 9 de diciembre de 1997). Las obligaciones dimanantes de los subcontratos de obra forman parte de la cesión del contrato administrativo de obra, sin que obste la naturaleza civil de aquéllos, y los eventuales derechos que puedan o hayan podido corresponder a los subcontratistas respecto de la entidad subcontratante (contratista cedente) son ajenos al objeto de este pleito.

Para que se produzca la subrogación en las obligaciones del cesionario del contrato no es necesario un pacto especial.—No era necesario ningún pacto especial para entender incluidos los subcontratos civiles, ni en absoluto cabe limitar la subrogación en los derechos y obligaciones del contrato administrativo en los términos en que se pretende en el motivo, lo que además produciría la paradoja, rechazable por absurda, de que la demandada cesionaria tendría todos los derechos económicos respecto de la dueña de la obra y ninguna de las responsabilidades respecto de las empresas que las ejecutaron, o tenían concertada la realización. (STS de 9 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La contratista administrativa de una obra cedió el contrato a la demandada, que se negó a pagar las deudas contraídas por la cedente con el subcontratista demandante. Alegaba la demandada que desconocía la existencia de ese subcontrato y que no había ningún pacto especial en el contrato de cesión por el que asumieran las deudas de la cedente. El subcontratista reclamó las deudas al contratista cesionario y el Juez de Primera Instancia desestimó las demandas acumuladas, pero la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo las estimaron. (L. F. R. S.)

34. Aliud pro alio.—La demandante en primera instancia entrega unas molduras en malas condiciones inhábiles para el uso al que están destinadas. Existe un propio y verdadero incumplimiento, en cuanto impide el normal funcionamiento del contrato, frustrando las legítimas expectativas de las partes (SSTS de 27 de octubre de 1981, 11 de octubre de 1982, 7 de marzo de 1983, entre otras).

En relación a si es o no de aplicación al supuesto el artículo 1124 CC, una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento no es requisito exigido, bastando «tan sólo con frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte —SSTS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985—», pudiendo optarse, entonces, por la resolución, ante la entrega de cosa inservible «con independencia de que la venta sea civil o mercantil —SSTS de 29 de febrero de 1988, 24 de mayo y 30 de septiembre de 1989, 29 de abril y 10 de noviembre de 1994 y 1 de diciembre de 1997—». Finalmente, debe concluirse este punto señalando, con la STS de 19 de enero de 1998, que «la declaración de cumplimiento de los contratos es de orden fáctico, aunque la trascendencia jurídica del incumplimiento implica cuestión de derecho apreciable en casación».

No puede admitirse que por el hecho de quedar perfeccionada la venta con la entrega de la cosa, sólo asistan al comprador las acciones sujetas de caducidad del artículo 1490 CC. En este sentido señaló la STS de 3 de marzo de 1981 que «al no responder el objeto entregado a las condiciones estipuladas, le ha hecho inservible para la adquirente». Tampoco puede aceptarse la tesis del artículo 342 CCO, pues «no equivale a los vicios internos la inhabilidad total del objeto —SSTS de 20 de octubre de 1984 y 6 de marzo de 1985—». (STS de 13 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Paneles y Perfiles S. A.* formuló demanda contra *ROS-I S. A.*, tendente a una condena a la demandada al pago de 15.112.804 pesetas, más sus intereses, correspondientes al precio de determinadas compraventas mercantiles efec-

tuadas durante el año 1995, entre ellas, molduras con defectos que, según los dictámenes periciales, se hacían inservibles para el uso al que estaban destinadas. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimatoria de la demanda y desestimatoria de la reconvencción formulada por la entidad demandada. Recurrida dicha sentencia, la Audiencia provincial estima el recurso revocando en su totalidad la sentencia de primer grado y desestimando íntegramente la demanda interpuesta por *Paneles y Perfiles S. A.*, absolviendo de todos los pedimentos a la demandada, condenando pagar al demandante en concepto de daños y perjuicios la cantidad resultante en ejecución de sentencia. Contra dicha resolución *Paneles y Perfiles S. A.* interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Nos encontramos ante un supuesto de *aliud pro alio*, lo cual indica entrega de cosa distinta en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin para el que fue concertado el contrato, resultando inútil para su destino, equiparable a la falta de entrega y que le alcanza el plazo de prescripción de quince años, propio de las obligaciones personales. (*M. F. N. C.*)

35. Acción de resolución de contrato por incumplimiento. La devolución de las prestaciones es consecuencia obligada de la resolución del contrato, que produce efectos *ex tunc*, sin que tal devolución confiera a la acción carácter real.—La devolución es consecuencia obligada, legal y contractual, implícita en la propia resolución, sin que la escasa confusión que pudiere propiciar su expresa omisión a la hora de ejecutar lo resuelto afectara, a mayor abundamiento, más que a la parte accionante.

Los efectos de la resolución contractual se producen, por lo general, con carácter *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido. Ello lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que hubiese recibido de la otra por razón del vínculo obligacional. Así se viene manifestando la doctrina jurisprudencial de la que son ejemplo, entre otras, las SS de 29 de abril y 10 de julio de 1998 y 24 de julio y 23 de diciembre de 1999. Lo anterior supone que la resolución de la compraventa conlleva como efecto la devolución de la cosa vendida al vendedor, pudiendo en cuanto al precio adoptarse, como ocurre en el caso, una solución diferente respecto de la restitución de la parte de precio abonado en adecuada aplicación de la liquidación del estado posesorio.

Por otro lado es de significar que la condena expresa a la devolución de la cosa vendida como consecuencia de la resolución contractual no afecta al carácter personal de la acción resolutoria, y por consiguiente no la transforma en acción real como se sostiene en el motivo, sin que quepa invocar en apoyo de la opinión de la parte la S de 11 de octubre de 1996, pues se refiere a una acción reivindicatoria y no a una acción de resolución contractual.

No es preciso demandar a la esposa cuando el inmueble posiblemente ganancial fue comprado por el marido actuando solo y en su propio nombre.—En todo caso, el señor A. R. intervino en la celebración del contrato, en concepto de comprador, solo y en su nombre; por consiguiente, aunque los inmuebles comprados pudieren tener carácter ganancial, resulta innecesario demandar a la esposa cuando por el vendedor se ejercita la acción resolutoria del contrato por impago del precio aplazado.

En tal sentido se manifiesta la doctrina jurisprudencial representada por las SS de 25 de enero de 1990 (que cita las de 10 de junio y 30 de octubre 1985, 26 de septiembre de 1986, 4 de abril y 6 junio de 1988, 16 de junio de 1989), 8 de mayo de 1993, 23 de febrero de 1994, 26 de noviembre de 1996, 14 de abril de 1998, 9 de abril de 1999, 6 de julio de 2000, y 20 de diciembre de 2001, entre otras.

La ratificación por el vendedor del requerimiento resolutorio tiene efectos retroactivos que lo hacen anterior al ofrecimiento de pago del comprador.—En el motivo cuarto se alega infracción del artículo 1504 CC. En el motivo se denuncia, en síntesis, que no se acreditó que la persona que efectuó por conducto notarial el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC tenía facultades para resolver.

El motivo carece de consistencia alguna porque en cualquier caso resultó ratificado por la parte interesada y la ratificación tiene carácter retroactivo, por lo que sus efectos siempre serían anteriores al ofrecimiento de pago efectuado por el comprador.

El requerimiento resolutorio no exige una voluntad rebelde al cumplimiento, sino el hecho objetivo e injustificado del incumplimiento del contrato por el comprador. Una vez efectuado el requerimiento, es ineficaz el pago posterior del comprador.—La moderna doctrina jurisprudencial no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde (entre otras, SS de 10 de octubre de 1994, 3 de abril y 26 de septiembre de 2000, 26 de julio de 2001, 13 de noviembre y 23 de diciembre de 2002, 13 de febrero de 2003). Ni siquiera es exigible una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado, o producido por causa imputable al que pide la resolución, como resalta la reciente S de 7 de mayo de 2003.

En el caso se ha producido una inactividad o pasividad respecto del pago del precio aplazado durante varios años, que se remonta prácticamente al inicio de la relación contractual, y por un importe elevado en atención al total pactado, según declara probado la sentencia recurrida. Por ello es claro que ha habido un incumplimiento inequívoco y objetivo revelado por un impago prolongado, duradero e injustificado, como dice la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de la Audiencia, y a cuya reseña cabe añadir, entre otras, las SS posteriores de 10 de marzo de 2001 y 3 y 23 de diciembre de 2002.

Finalmente es de señalar que hecho el requerimiento del artículo 1504 carece de valor alguno el intento de pago del precio aplazado. Ya se ha producido el efecto resolutorio, con independencia de la necesidad del reconocimiento judicial cuando exista oposición del comprador, y aunque en algunas ocasiones se ha flexibilizado el alcance del precepto atribuyendo eficacia a pagos próximos o inmediatos a la intimación, tal posibilidad no es aplicable a casos como el que se enjuicia de impago muy prolongado en el tiempo, y máxime si se tiene en cuenta que hubo un juicio anterior en el que no prosperó la demanda por falta del requerimiento resolutorio, sin que por el demandado se reaccionase durante el mismo mediante el cumplimiento de la prestación debida.

La suspensión del pago del precio con base en el artículo 1502 CC exige notificar esta intención al vendedor hasta que se afiance su devolución.—No hay constancia de que «se notificase al vendedor la decisión de suspender el pago del precio hasta que se afianzara su devolución», como exi-

ge la doctrina de esta Sala para la aplicabilidad del artículo 1502 en beneficio del comprador (SS de 14 de diciembre de 2000 y de 19 de mayo de 2003 y las que cita).

La pérdida de las cantidades entregadas al vendedor compensa el disfrute de la cosa vendida por el comprador durante largo tiempo.—La decisión de la sentencia recurrida de incluir en la indemnización de perjuicios las cantidades correspondientes a los tres conceptos expresados está plenamente justificada por el desequilibrio económico producido por el largo tiempo durante el que el comprador ha venido disfrutando de la cosa vendida y el vendedor ha estado privado de ella en relación con el importe de dichas sumas, y con ello no se vulnera el precepto citado en el enunciado del motivo, ni se produce un enriquecimiento injusto o sin causa, ni se afecta a la estipulación contractual quinta con arreglo a la que «al cumplirse la condición resolutoria el comprador perderá automáticamente todas las cantidades que hubiera entregado», además de que resulta razonable que vayan a cargo del comprador los gastos comunitarios consustanciales al disfrute de las fincas. (STS de 15 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras el oportuno requerimiento resolutorio, la parte vendedora de un piso acude a los Tribunales ejercitando la acción de resolución del contrato de compraventa. Ambas sentencias de instancia estiman íntegramente las pretensiones del demandante, situación que se mantiene tras la desestimación por el Tribunal Supremo del recurso de casación interpuesto por el comprador demandado. (M. C. B.)

36. Retracto arrendaticio rústico. El derecho de retracto arrendaticio rústico corresponde a quien tiene la condición de arrendatario en la fecha en que se produce la transmisión de la finca y el plazo para su ejercicio se computa desde que el arrendatario tiene conocimiento completo de las condiciones esenciales de la enajenación.—La jurisprudencia de esta Sala ha dejado claro, al aplicar el artículo 16 de la Ley arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, antecedente del que se dice vulnerado en la sentencia, al señalar la persona que puede ejercitar la acción de retracto (legitimada activamente), determina que le corresponde al arrendatario que lo sea en la fecha de la transmisión de la finca, aunque el arrendamiento sea anulable o resuelto en fecha posterior, por lo que no haciendo cuestión de si la sentencia resolutoria del arrendamiento produce efectos desde la demanda o desde la fecha en que gana firmeza, lo que está patente y claro es que en la fecha que se produjo la adjudicación por Hacienda Pública en juicio de apremio seguido por deudas fiscales el arrendador mediante acta de adjudicación directa de fecha 15 de enero de 1996, lo era el hoy actor, y por consiguiente en fecha muy anterior a la promoción del juicio de resolución del arrendamiento que se promovió después de otorgar la escritura de venta de 30 de abril de 1999, momento en el cual seguía siendo arrendatario y cultivador de la finca arrendada el demandante recurrido, y por consiguiente, titular de derecho de adquisición preferente mediante la oportuna acción de retracto que ejercitó en forma dentro de los plazos legales, ante el incumplimiento de los enajenantes y de los adquirentes, en una enajenación forzosa y de carácter oneroso de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (si la finca se halla arrendada, la notificación fehaciente de la misma al arrendatario), cir-

cunstancia que dio lugar a una primera negativa del notario a autorizar la escritura de la venta forzosa, por lo que no se entiende que en el presente motivo se alegue por la parte demandada y recurrente la vulneración del artículo 24 CE, por no haber respetado la sentencia recurrida, la prejudicialidad material, pues cuando se dictó la sentencia de la Audiencia ya era firme la que acordaba la resolución del contrato de arrendamiento, olvidando que la conducta de los demandados notificando de forma incompleta la venta forzosa, en atención a que el precio no fue el de los tipos que sirvió de base a las subastas sino otro muy inferior, precio que no fue conocido hasta el planteamiento de la demanda de desahucio, a partir del cual y por tener conocimiento completo de las condiciones esenciales de la enajenación corre el tiempo del ejercicio de la acción de retracto que no puede quedar sin efecto por maniobras dilatorias de los compradores que dieron origen al planteamiento de esta cuestión, de la prejudicialidad positiva. Ahora bien, hay que entender que si el derecho de retracto lo tienen los arrendatarios desde el momento de la transmisión (SS de 3 de marzo de 1993, 27 y 31 de julio de 1996), cuando el cumplimiento del plazo se produce con posterioridad a la fecha del ejercicio de la acción de resolución del contrato, con independencia del carácter constitutivo o meramente declarativo de la sentencia de resolución del arrendamiento, es indudable que el derecho a retraer del demandante se había consolidado tiempo antes de la iniciación del pleito de cognición, y por consiguiente el resultado de esa resolución no afecta al derecho del arrendatario.

El conocimiento de la enajenación onerosa debe comprender el de todos sus elementos esenciales.—No ha habido infracción del artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que como la jurisprudencia entiende, el conocimiento de la enajenación onerosa, ha de comprender el de todos los elementos esenciales del contrato, y aquí no solamente desconocía el precio, sino que por los datos que tenía era el de un precio muy superior al realmente pactado, y fuera del alcance de las posibilidades económicas del retrayente.

Tampoco ha habido infracción del artículo 7.1 CC, pues una vez conocida la realidad del precio, y que éste, el real por el que fue enajenada la finca, sí se acomodaba a sus posibilidades económicas, ejercita el derecho, que para este supuesto tienen todos los arrendatarios de acuerdo con el precepto del artículo 86 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. (STS de 28 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica conoce la enajenación de la misma cuando el adquirente le demanda dando por resuelto el contrato por vencimiento del plazo pactado para el mismo. Es entonces cuando el arrendatario ejercita la acción de retracto que origina el pleito de autos, en el que principalmente se discute su legitimación para hacer valer este derecho una vez vencido el plazo del arrendamiento rústico. Tanto las dos sentencias de instancia, como la de casación dictada por el Tribunal Supremo, dan la razón al arrendatario, basándose en que sólo conoció las condiciones esenciales de la transmisión efectuada cuando fue requerido para que abandonara la finca. (M. C. B.)

37. Responsabilidad médica en la llamada medicina voluntaria. Cirugía estética. Contrato de obra. Deber de información. Naturaleza.—El caso presente encaja en lo que se denomina medicina voluntaria, ya

que la actora acudió al médico para una mejora del aspecto físico y estético de sus senos (cirugía estética), desarrollándose la actividad médica en el ámbito de una relación contractual que participa en gran medida de la naturaleza de contrato de arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en S de 21 de marzo de 1950, y concretaron las más recientes de 25 de abril de 1994 y 28 de junio de 1997, lo cual intensifica una mayor garantía en la obtención del resultado perseguido. La jurisprudencia exige e impone que para estos supuestos se acreciente la obligación del facultativo de prestar cumplida información, al revestir deber del médico y derecho del cliente, constituyendo derecho humano fundamental, como declara la STS de 11 de mayo de 2001, tratándose de una de las últimas aportaciones realizadas internacionalmente en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida y a la integridad física, por ser derecho que conforma la libertad personal y autonomía decisoria que asiste a los seres humanos.

Violación del deber de información. No es suficiente una información precedente que no originó actuación médica.—La intervención de cirugía estética tuvo lugar en junio de 1988, y el Tribunal de instancia dio valor al hecho de que en abril de 1987 la paciente se había sometido a una operación de *lifting* llevada a cabo por el hoy demandado, deduciendo o presumiendo que en ambas intervenciones hubo información adecuada; pero la información ha de ser actualizada, puntual e inmediatamente anterior a la intervención, pues como dice la STS de 2 de julio de 2002 la obligación de informar está integrada por los eventuales riesgos previsibles, e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el paciente y con base en tal conocimiento prestar su consentimiento o desistir de la operación. La no prestación de información infringe la *lex artis ad hoc* (STS de 29 mayo de 2003), pues no se atendió al derecho que asiste al usuario conforme al artículo 10, apartados 5 y 6 de la Ley General de Sanidad de 1986.

Resultado dañoso de la intervención.—El resultado de la operación no se acomodó a las expectativas y confianza que la recurrente había depositado en el médico para la mejora y estética de sus senos, al acrecentarse las cicatrices que le afectaban y presentarse antiestéticas, en forma de T invertida, las cuales podían haberse evitado; a su vez, la recurrente quedó afectada por secuelas psicológicas severas en sus relaciones profesionales, personales, familiares y sexuales, las que inciden de modo negativo en su desarrollo y actividad vital. (STS de 22 de julio de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La demanda se había dirigido contra la clínica y la sociedad de servicios médicos que la gestionaba, así como contra el cirujano que realizó la intervención, reclamándose una indemnización global de veinte millones de pesetas; el Juzgado de Primera Instancia absolvió a las dos primeras demandadas y condenó exclusivamente al médico reduciendo a la mitad la cuantía de la indemnización. La Audiencia Provincial estimó el recurso de este último desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia. Puede verse otro caso de cirugía voluntaria (vasectomía) en el supuesto resuelto por la STS de 2 de junio de 2002, en la que también se apreció infracción del deber de información, con amplios precedentes jurisprudenciales (extracto en *ADC*, 2002, pp. 1900 ss., y observaciones mías. (*G. G. C.*)

38. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal por ruina de edificios.—Según la doctrina jurisprudencial, de una parte, está legitimado activamente para ejercitar esta clase de acciones no sólo el dueño de la obra, sino también los posteriores adquirentes de la misma, ya que el artículo 1591 no distingue si la obra ha cambiado o no de propietario, y, además, esta posición viene avalada por lo dispuesto en el artículo 1907 CC, el cual declara que el nuevo dueño de la cosa recibe todas las acciones no personalísimas que garanticen su dominio y defiendan los derechos inherentes a la propiedad, y de otra, están legitimados para actuar en nombre de las comunidades de propietarios, sus presidentes, como precisan las SSTS de 16 de febrero de 1985, 25 de mayo de 1987 y 9 de marzo de 1988.

Responsabilidad del constructor por no compactar adecuadamente el terreno.—La sentencia recurrida no sólo expone que, en el proyecto elaborado por el arquitecto señor P. no aparece un estudio de las características del suelo o geotécnico, ni se adoptó en fase de ejecución de obra una solución que evitara los diferentes asentamientos de muretes y terrazas de la planta baja, y tampoco fue previsto en el proyecto un muro de cerramiento del solar capaz de sostener los empujes laterales de las tierras, sino que también precisa que «el terreno no fue compactado en forma adecuada, produciéndose un lavado de la tierra con un desplazamiento lateral, lento y periódico del talud hacia cotas más bajas», y de esta última circunstancia deriva la responsabilidad del constructor, quien viene obligado profesionalmente a reparar los defectos de la construcción en los términos determinados en el artículo 1591 CC, cuya responsabilidad es directa y personal si el daño proviene únicamente de vicio de la construcción, y solidaria con los demás agentes si se debe además a vicios del suelo o de la dirección (entre otras, SSTS de 19 de noviembre de 1997 y 21 de mayo de 1999).

No es procedente la condena en costas en caso de estimación parcial de la demanda.—Aunque esta Sala ha mantenido en algunas ocasiones la equiparación, a efecto de la imposición de costas, de la estimación sustancial a la total, como recuerda la STS de 14 de marzo de 2003, tal equiparación no es procedente en el supuesto que nos ocupa, pues la sentencia recurrida no ha acogido la pretensión sobre las humedades motivadas por filtraciones de la azotea y tampoco la relativa a los daños y perjuicios al no haberse acreditado la existencia de los mismos. (STS de 23 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó al arquitecto y a los constructores de un edificio solicitando que se les condenara a la reparación de los defectos y deficiencias de construcción del edificio. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a la reparación de algunos de los defectos y deficiencias. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación en lo relativo a no imponer las costas, ya que se había producido únicamente una estimación parcial de la demanda. (L. F. R. S.)

39. Congruencia de la sentencia que incorpora de manera detallada una serie de inejecuciones del contrato de obra.—La congruencia de la sentencia se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus preten-

siones y peticiones, de manera tal que la sentencia no puede otorgar más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni conceder otra cosa diferente no pretendida y, en este caso, ha existido correlación entre dichas peticiones y el fallo [...].

Respecto a los actos de incumplimiento contractual, la reclamación se extiende a una amplia serie de inejecuciones, comprendidas en varios grupos, indicativos de diferencias de calidad con mención a lo indicado en el Proyecto, y carencias, cuya incorporación a la sentencia de la manera detallada por ésta no significa otorgar más de lo pedido, sino responde al sentido general en que estos capítulos se mencionan en la demanda.

Solidaridad en la responsabilidad decenal de los agentes de la construcción.—La sentencia de instancia, al examinar y comprobar la existencia de defectos del suelo, la dirección, el proyecto y la construcción, establece la solidaridad ante la imposibilidad de concretar cuotas relativas a la responsabilidad civil, con seguimiento de la línea jurisprudencial, reiterada y pacífica, que afirma la solidaridad cuando no se pueden separar las conductas causadas en caso de responsabilidad por ruina, de promotores, contratistas, arquitectos y aparejadores, aunque tengan origen diferente (por todas, STS de 8 de junio de 1998).

Legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para demandar los daños causados a los elementos comunes y privativos del edificio en régimen de propiedad horizontal.—Desprendiéndose del artículo 13.5 la legitimación de la comunidad, representada por su presidente, para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble (STS de 26 de noviembre de 1990), y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa comunidad (STS de 24 de septiembre de 1991). (STS de 8 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El presidente de la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a la constructora y a los demás agentes de la edificación ejercitando la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC y la acción de responsabilidad contractual, con reflejo en los artículos 1101 y 1124 CC. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la constructora a indemnizar una cantidad y a todos los demandados a indemnizar otra cantidad con carácter solidario. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó solidariamente a todos los demandados a satisfacer el coste de las obras, sin que pudiera exceder de la cantidad reclamada en la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por los demandados. (L. F. R. S.)

40. No es excusa para eximir de responsabilidad del artículo 1591 CC al aparejador que se limitara a cumplir las directrices marcadas por el arquitecto director.—La doctrina jurisprudencial ha recogido que no puede proteger a estos profesionales la excusa que frecuentemente se aduce, relativa a que se limitaron a realizar la obra tal y como aparecía planteada por el arquitecto director, porque su actuación y cometido no es meramente auto-

mático y de ciega subordinación y permanece o debe permanecer abierto al margen de no realizar lo que no sea correcto, pues en otro caso quedaría vacío de contenido para ellos el artículo 1591 CC (SS de 22 de septiembre de 1988, 8 de febrero de 1994 y 15 de mayo de 1995). (STS de 27 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes reclamaron la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC a diversos agentes de la edificación, siendo su petición estimada por todos los órganos judiciales que la juzgaron. En el recurso de casación, el aparejador alegó que se limitó a seguir el proyecto del arquitecto director, pero tal argumento fue desestimado por el Tribunal Supremo. (L. F. R. S.)

41. La *locatio operarum* de un arquitecto implica los siguientes *facere*.—En este sentido la STS de 1 de febrero de 2002 expone que «sobre las obligaciones de los arquitectos en su conformación con el régimen anterior a la reforma de la Ley de Edificación 38/1999, de noviembre, cabe expresar en línea de principio que, a tenor del RD de 17 de junio de 1977, se resalta que toda obra de arquitectura exige la intervención del arquitecto que realice el estudio y la redacción del Proyecto, elabore las especificaciones y documentos necesarios para la ejecución de las obras, lleve a cabo la dirección facultativa de éstas y efectúe la liquidación de los gastos hechos en las mismas. Sobre las fases de trabajo de los arquitectos cabe señalar:

a) Estudio previo. Constituye la fase preliminar en la que se expresan las ideas que desarrollan el encargo de modo elemental y esquemático, mediante croquis o dibujos, a escala o sin ella. Incluye la recogida y sistematización de la información precisa, el planteamiento del programa técnico de necesidades y una estimación orientativa del coste económico que permitan al cliente adoptar una decisión inicial.

b) Anteproyecto. Es la fase del trabajo en la que se exponen los aspectos fundamentales de las características generales de la obra: funcionales, formales, constructivas y económicas al objeto de proporcionar una primera imagen global de la misma y establecer un avance del presupuesto.

c) Proyecto básico. Es la fase del trabajo en la que se definen de modo preciso las características generales de la obra, mediante la adopción y justificación de resoluciones concretas. Su contenido es suficiente para solicitar, una vez obtenido el preceptivo visado colegial, la licencia municipal u otras autorizaciones administrativas, pero insuficientes para llevar a cabo la construcción.

d) Proyecto de ejecución. Es la fase del trabajo que desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos, y puede llevarse a cabo, en su totalidad, antes del comienzo de la obra, o parcialmente, antes y durante la ejecución de la misma. Su contenido reglamentario es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras.

e) Dirección en obra. Constituye la fase más significativa en la que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico-facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución, estableciendo las adaptaciones, detalles

complementarios y modificaciones que puedan requerir con el fin de alcanzar la realización total de la obra, de acuerdo con lo establecido en el Proyecto de ejecución correspondiente.

f) Liquidación y recepción de la obra. En esta fase se efectúa la determinación del estado económico final de la obra, mediante la aplicación de los precios que rijan en ella al estado real de las mediciones, facilitadas por el técnico competente, de las partidas que la componen, y comprende también el recibo de la misma en nombre del cliente con arreglo a los documentos y especificaciones contenidos en el proyecto de ejecución y en los demás documentos incorporados al mismo durante el desarrollo de la obra.

Responsabilidad del arquitecto en los casos de desvíos en la ejecución de su proyecto cuya dirección le compete.—A este respecto establece la STS de 25 de julio de 2000 que «en lo que concierne a la responsabilidad del arquitecto superior, que condena la Sala *a quo*, no puede compartirse habida cuenta la amplitud de sus obligaciones, que son del siguiente tenor:

1) Que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas, especificadas en el proyecto, o, si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en obra.

2) De que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto.

3) De que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad (STS de 23 de diciembre de 1999); y como expresa la STS de 19 de noviembre de 1996, corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. De suerte que no basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final probatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales». En el mismo sentido se pronunciaron las SSTS de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989, 10 de noviembre de 1994, entre otras.

Abono de honorarios profesionales devengados por la redacción del proyecto por el arquitecto, sin perjuicio de que no se pueda ejecutar la obra por causa no imputable al mismo.—«No cabe imputar una falta de viabilidad del proyecto profesional porque éste no pudiera ejecutarse al carecer del sustrato telúrico o suficiente terreno por la arrendataria, ya que el profesional cumplió con la redacción de su *facere* intelectual y queda al margen de la ejecución de su proyecto que no pueda realizarse cuando su causa no es por carencia técnica del mismo, sino por falta de soporte material para la construcción, al no disponer la cliente del terreno preciso, que, obvio es, entra dentro de sus elementales medios o dispensas previas (STS de 10 de mayo de 2003)». (STS de 10 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea demanda por la que el actor, el *Colegio de Arquitectos de Canarias*, reclama a la demandada, *Residencial Príncipes de España, S. L.*, el pago de los honorarios por los servicios prestados a la misma por un encargo profesional a lo que se

opuso la demandada. Desestimándose la demanda por el Juzgado de Primera Instancia que entendió que dado el arrendamiento de obra del encargo, el profesional no cumplió con las obligaciones pactadas, revocándose esta decisión por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Recurrida la anterior decisión en casación por la demandada el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*M. F. N. C.*)

42. Carácter autónomo del contrato de vitalicio.—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 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 CC—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones.

No cabe resolver el contrato, al no apreciarse incumplimiento por parte de los alimentistas.—Aunque el contrato de que se trata, de naturaleza sinalagmática, está sometido a condición resolutoria, no se advierte aquí incumplimiento de la prestación imputable a los alimentistas, que mantienen su voluntad de observar las obligaciones a su cargo; por el contrario, es la actora quien, 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 concerniente a la resolución del contrato. (**STS de 1 de julio de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicitó la resolución del contrato de vitalicio que le unía a los demandados, alegando que éstos habían incumplido el contrato, lo que constituía el hecho de lo que pendía la condición resolutoria explícita pactada. Los demandados se opusieron, alegando y probando que fue la demandante la que abandonó la casa en la que se prestaba la obligación alimenticia. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró resuelto el contrato, con obligación de devolver los alimentos percibidos hasta el 30 de mayo de 1995, y de restituir los bienes que fueron cedidos en virtud de dicho convenio. Formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estimó y dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda. (*L. F. R. S.*)

43. Fianza. La existencia de una garantía hipotecaria no excluye que el mismo crédito esté cubierto por una fianza.—La garantía personal constituida mediante fianza por los demandantes recurrentes coexiste con la garantía real hipotecaria sobre bienes de la deudora afianzada, sin que pueda entenderse que ésta excluye o se sobrepone a aquélla, pues no se constituyeron en forma subsidiaria ni subordinada, sino que los fiadores garantizan, de forma solidaria e ilimitada, con el límite cuantitativo de 37.500.000 pesetas, las obligaciones mercantiles contraídas por la deudora afianzada con el Banco. En consecuencia, decae el motivo.

La ejecución por el acreedor de la garantía real hipotecaria no constituye un acto perjudicial para el fiador que produzca la extinción de la fianza a tenor del artículo 1852 CC.—Dice la S de 20 de octubre de 1993: «[...] *b*) ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor dé lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito, perjudicando así la posible subrogación de los fiadores en aquélla, del supuesto en que, como sucede en el que nos ocupa, el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para que fue constituida; y *c*) en resumen, lo acontecido fue que, ante el impago de la deuda, la *Caja Postal* ejercitó su derecho ejecutando una hipoteca y, posteriormente, se ha dirigido contra los fiadores para obtener el cobro de las sumas aún pendientes por no haberse cubierto el importe total al ser insuficiente la cantidad percibida en la ejecución hipotecaria, todo lo cual se halla muy lejos de configurar una conducta —activa e incluso pasiva— determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme a lo dispuesto en el artículo 1852, ocasionar la extinción de la fianza»; la S de 29 de noviembre de 1997 afirma que «la pretendida subrogación no puede impedir que el acreedor ejercite sus derechos y extinguida la hipoteca no cabe tal subrogación» y añade que «la extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido, y no se da en este caso hecho imputable al acreedor que impidiera u obstaculizara a los fiadores a subrogarse en sus derechos, ya que el legítimo ejercicio por aquél de las acciones que le correspondían no libera al avalista de las obligaciones asumidas. Tampoco se da conducta imputable a *Bankinter* de haberse producido desaparición de la garantía real del crédito, ya que se limitó a su ejecución para resarcirse del préstamo otorgado y cumpliendo las finalidades para las que fue constituida (S de 20 de octubre de 1993)». Más recientemente, la S de 8 de mayo de 2002 señala cómo «el artículo 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legitimadamente se debía llevar a cabo, sin que base la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación —imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad— en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito [...] Por otra parte, la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho, o cobra parte del mismo».

La identidad entre los supuestos de hecho que motivaron las resoluciones citadas de esta Sala y el que ahora se enjuicia, hace plenamente aplicable la doctrina contenida en ellas a este supuesto, lo que conduce necesariamente, como se anunció, a la desestimación del motivo. (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los fiadores de una serie de operaciones de crédito celebradas entre el Banco acreedor y la sociedad mercantil afianzada esgrimen judicialmente la pretensión de que se dé por extinguida la póliza de afianzamiento que habían suscrito basándose, en primer lugar, en que la deuda cuyo cumplimiento se les había reclamado no estaba cubierta por la fianza al estar asegurada con una hipoteca y, en segundo lugar, en que, en cualquier caso, el acreedor había perjudicado su derecho a obtener la oportuna subrogación en el crédito al haber ejecutado la garantía hipotecaria que lo aseguraba. Ambas sentencias de instancia desestiman las

pretensiones de los demandantes y acogen la reconvencción formulada por el Banco acreedor, instando su condena al cumplimiento de la obligación asegurada, pronunciamiento que se ve confirmado en la sentencia de casación. (M. C. B.)

44. Arbitraje (Ley de Arbitraje 36/1988). Cláusula de sumisión.—La sumisión a arbitraje ha de entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz y vinculante se hace necesario que conste debidamente expresada la voluntad firme e inequívoca de las partes al someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que pudieran surgir respecto a relaciones jurídicas determinadas a la decisión de árbitros.

Aval. Garantía a primer requerimiento: alcance y efectos.—El aval litigioso no responde a una simple fianza, sino que se presenta más bien como una garantía exigible en las condiciones pactadas, revistiendo la modalidad de garantía a primer requerimiento o primera solicitud, que también opera con otras denominaciones. Esta clase de avales están plenamente admitidos por la doctrina jurisprudencial. Se reconoce su función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio de requerimiento practicado en forma legal para entender que el obligado garantizado no ha cumplido, si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consecuente liberación del avalista, produciéndose inversión de la carga de la prueba, ya que no se puede exigir al beneficiario que demuestre el incumplimiento del obligado principal. (STS de 31 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Hewlett Packard Española, S. A.* interpuso demanda contra *Grupo Comercial Informático Distribución, S. A.* y la *Caja de Horros y Monte de Piedad de Madrid*, en reclamación de cantidad derivada de ejecución de aval. El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid condenó a las entidades demandadas a abonar solidariamente a la entidad actora la cantidad reclamada más los intereses legales. Recurrida en apelación, la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

45. Doctrina de la vis atractiva de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública y de personas privadas.—Es doctrina de esta Sala —así en sentencia de 7 de marzo de 2002— que «la razón jurídica para denegar la competencia del sector jurisdiccional contencioso-administrativo radica exclusivamente en la doctrina de la *vis atractiva* del orden civil que es aplicable, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito (extracontractual) se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas», y asimismo que «nada influye en la solución que se adopta el hecho de que la demanda se haya deducido cuando ya había entrado en vigor el régimen jurídico de la L 30/1992, de 26 de noviembre, y

el Reglamento 429/93, aprobado por RD de 26 de marzo, porque esta Sala viene entendiendo aplicable a tales reclamaciones la doctrina de la *vis attractiva* en el sentido expuesto (SS, entre otras, de 22 y 31 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 7 de marzo, 10 de abril, 29 de junio, 28 de noviembre y 18 de diciembre de 2000, y 7 de marzo y 19 de noviembre de 2001), la cual debe ser mantenida porque, además de concurrir en su apoyo sólidos argumentos, abunda para ello una elemental razón de seguridad jurídica procesal». (STS de 15 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante reclamó a una entidad privada y a la *Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte* la responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1902 CC a consecuencia de los daños sufridos en su vivienda y fosa séptica a consecuencia de los trabajos de desmonte y rebaje del terreno realizados para la construcción de una autovía y solicitando, entre otras cosas, que se las condenase a realizar ciertas obras de consolidación, demolición y reconstrucción de edificios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación estimando la excepción de incompetencia de Jurisdicción, por ser el fondo del asunto competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Supremo acogió el motivo de casación y estimó el recurso de casación, aceptando el fallo de la sentencia de primera instancia. (L. F. R. S.)

46. Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de trabajo. Cuestión previa. Inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía. Improcedencia.—La sentencia impugnada confirma el pronunciamiento de primera instancia aunque con la modificación de fijar el tribunal la suma indemnizatoria cuya determinación se proponía realizar por aquél en la fase de ejecución; así se estima la demanda interpuesta por un trabajador, mecánico con la categoría de oficial de segunda, contra su empresa y el encargado de ésta por las lesiones y secuelas sufridas al reparar una prensa de gran tonelaje cuya base, al desprenderse, le había aplastado la pierna derecha; como cuestión previa se plantea la posible inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa, ya que en la sentencia de apelación se fijó una suma inferior al límite de los seis millones de pesetas establecido por el artículo 1687.1.º, letra c), LEC. 1881; semejante planteamiento no puede ser acogido, y aunque podría parecer autorizado por varias sentencias de esta Sala (por ejemplo de 24 de abril de 1994, 10 de mayo de 1995, 9 de abril de 1996 y 10 de octubre de 1998), no lo es menos que la doctrina mantenida en otras muchas, e invariablemente aplicada a resolver recursos de queja, atiende a la cuantía litigiosa tal y como el asunto hubiera llegado a la segunda instancia, sin que el aquietamiento del demandante con la sentencia de apelación pueda determinar por sí sola la irrecurribilidad de la misma por el demandado. En el presente caso la sentencia impugnada tomó como punto de partida una suma que excedía de los diez millones de pesetas, muy superior al límite legal para recurrir, y si la redujo a la mitad fue por la moderación resultante de apreciar concurrencia de la culpa del perjudicado.

Competencia de la jurisdicción civil.—La jurisprudencia de esta Sala 1.ª, pese a haber compartido durante algún tiempo el criterio de la Sala de Con-

flictos de competencia, volvió a su doctrina tradicional de afirmar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la responsabilidad del empresario frente al trabajador por los daños y perjuicios sufridos por éste durante el desempeño de su trabajo, si bien precisando que para ello la demanda habría de fundarse en los artículos 1902 o 1903 CC y no en la infracción de las medidas de seguridad en el trabajo (SSTS de 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 8 de octubre de 2001, 26 de abril y 15 de julio de 2002 y 22 de abril de 2003). En consecuencia, fundada la demanda en los artículos 1902 y 1903 CC el Tribunal sentenciador no incurrió en exceso de jurisdicción, y por ende la parte hoy recurrente ha planteado por vez primera la cuestión en casación, y, además, la reclamación del obrero se dirigió también contra el encargado, con quien el lesionado no estaba vinculado por contrato de trabajo alguno.

Ausencia de instrucciones y de vigilancia por parte de la empresa para tarea especialmente peligrosa.—La teórica capacitación del obrero lesionado como oficial de segunda para realizar el montaje y desmontaje de maquinarias y mecanismos, según OM de 28 julio de 1970, no excluye que para una determinada tarea especialmente peligrosa, cual es la de desmontar una prensa de gran tonelaje que podía aplastar al trabajador, se impartieran a éste las instrucciones necesarias para evitar el peligro y se supervisara su tarea, ya que tan sólo llevaba diecisiete días en la empresa y se desconocía su experiencia en máquinas como la que acabó aplastándole la pierna.

Concurrencia de culpa del trabajador.—Existiendo culpa por parte de la empresa, la propia de la víctima no alcanzó un grado tan alto como para eliminar la relevancia causal de aquélla, siendo doctrina reiteradísima de esta Sala que debe respetarse el juicio del tribunal sentenciador sobre el grado de contribución causal del perjudicado. (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

47. Interdicto de obra nueva. Paralización de las obras: responsabilidad civil extracontractual.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma en reiterada jurisprudencia que la desestimación de los interdictos no genera por sí perjuicios indemnizables por la vía del artículo 1902 CC (en este sentido, SSTS de 5 de junio de 1995, 26 de octubre de 1998 y 2 de febrero de 2001).

Interdicto de obra nueva. Paralización de las obras. Responsabilidad civil extracontractual: requisitos.—Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1995, 3 de julio de 1997, 28 de marzo y 27 de mayo de 1998) señala que en estos casos para que proceda una indemnización de daños y perjuicios es necesario que la parte que interpone el interdicto de obra nueva haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia; esto es, que el ejercicio de la citada acción resulte claramente infundado y así se declare en la sentencia o se extraiga del contenido de ésta. (STS de 15 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone una demanda en la que se ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual y en la que se solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la paralización de una obra durante 220 días por el ejercicio de un interdicto de obra nueva.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

48. Culpa extracontractual. Lesiones al resbalar una cliente en una cafetería. Precauciones insuficientes de la empresa.—Una auxiliar de clínica reclama indemnización por los daños sufridos al resbalar en la cafetería del hospital por insuficiencia del secado del líquido vertido en el suelo al romperse un vaso por un cliente, siendo insuficientes las precauciones adoptadas consistentes en formar un círculo de sillas alrededor, pero sin indicaciones de carteles o presencia de un empleado que advirtiera del secado incompleto del pavimento; ello permite a la Audiencia Provincial declarar la existencia de «cierta negligencia» por parte de la empresa que llevaba la cafetería.

Concurrencia de culpas.—En la conducta de la lesionada se advierte, con acierto, «una cierta concurrencia causal culposa en su caída», teniendo en cuenta la artrosis y osteoporosis que desde años antes padecía aquella, y que en buena lógica la habrían aconsejado abstenerse de acceder a una zona delimitada por una barrera de sillas, procediendo a retirar una de éstas, lo que es acorde con la STS de 2 de diciembre de 2002.

Determinación del quantum indemnizatorio. Facultad de la instancia.—Es reiteradísima la doctrina de esta Sala que considera facultad de los órganos de instancia la determinación del grado de contribución causal de la culpa de la víctima a la producción del daño; en el presente caso no hubo por parte de la empresa demandada absoluta despreocupación, como ocurrió en el caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2003, es procedente por ello fijar aquella participación en el cincuenta por ciento, y no en el diez por ciento como interesadamente establece la recurrente según su propio y personal criterio.

Improcedencia de la aplicación del baremo vigente para indemnizaciones en accidentes de circulación.—La STC de 29 de junio de 2000 resolvió las diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el sistema de valoración introducido por la DA 8.ª de la Ley de 1995, declarando el carácter vinculante del sistema, pero única y exclusivamente en el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor, y no para otros sectores, lo cual supondría un constreñimiento del tribunal a límites cuantitativos establecidos para supuestos de hecho heterogéneos en relación con el aquí enjuiciado, incurriendo así en la infracción de normas y jurisprudencia denunciados. (STS de 20 de junio de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La lesionada vio desestimada su pretensión indemnizatoria por el Juzgado de Primera Instancia, y acogida muy parcialmente por la Audiencia Provincial (reclamaba algo más de 75 millones de pesetas y se le concedieron algo menos de cinco millones). Ha sido la única parte procesal que recurre en casación, obteniendo una sentencia más beneficiosa (83.781 euros) en cuidada ponencia del Magistrado Sr. Marín Castán.

NOTA.—Esta clase de hechos parece reiterarse últimamente ante la Sala 1.ª, y dadas las circunstancias concurrentes al producirse en establecimientos frecuentados por gran número de personas, es correcto exigir a las empresas del ramo un exquisito cuidado que,

por otra parte, aunque nada se diga expresamente, parece inspirado en la legislación consumerista. El servicio debe prestarse al cliente en condiciones de total seguridad para hacer frente a los habituales, y casi banales, accidentes de derramarse líquidos en el pavimento; la limpieza debe ser inmediata garantizándose su total secado antes de abrirse el paso al público. No se trata de haber quedado cristales en el suelo al romperse un recipiente; creo que, en tal caso, se exigirá todavía prestar una mayor diligencia por ser potencialmente mayor el riesgo de que se causen lesiones al usuario. Tampoco del supuesto de una inactividad total de la empresa, lo que constituiría, por otro lado, grave negligencia por su parte (por cierto: no es exacto decir que en el caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2002, hubo «absoluta despreocupación» por parte de la empresa, ya que ésta actuó con diligencia que la sentencia califica de «media», ya que fregó el suelo aunque no lo secó). En este caso se contempla meramente el modo de realizarse la limpieza y el secado del pavimento, que según la doctrina jurisprudencial, deben ser inmediatos, eficaces y debidamente anunciados al público; no bastará con aislar el recinto, una vez fregado, con un círculo de sillas, sino que debe preverse una eficaz información a disposición de cualquier cliente del establecimiento. Me parece razonable la doctrina jurisprudencial extractada, pues ha de contarse además con la posible presencia en aquél de menores, o de mayores con deficiencias de movilidad, o con visión reducida, etc. También es de destacar la vigorosa reivindicación que hace esta sentencia de la libertad de valoración judicial de la cuantía del daño, con independencia del ya famoso baremo vigente en accidentes de circulación vial. (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual. Responsabilidad médica. Inexistencia. Médico de urgencias que actúa conforme a la *lex artis ad hoc*. No se le puede imputar responsabilidad por súbito agravamiento del enfermo, a las dos horas de asistido, y que produce su muerte por infarto de miocardio.—No es posible dentro de la dogmática jurídica sobre responsabilidad médico-legal, imputar negligencia alguna al facultativo quien, en todo el *iter* de su intervención en el acto médico solicitado por la paciente, actúa en modo cabal acorde a los cánones de la denominada *lex artis ad hoc*. Así, desde sus inicios, asiste a la paciente, a la que examina de la dolencia según el trastorno que padece de tipo gástrico e, incluso, se cerciora de la composición de su expulsión orgánica, le diagnostica en forma, le dispensa la medicación adecuada, la cual, tras su recepción, produce un resultado positivo al desaparecer su patología, y en este estado de recuperación es cuando, tras el término de aquella asistencia, se produce súbitamente, al cabo de dos horas, el proceso etiológico desencadenante del resultado letal por infarto de miocardio, que —obvio es— ni fue diagnosticado por no aparecer su síntoma, por lo cual hasta huelga hablar de error en el diagnóstico. (STS de 9 de junio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia (de la que ha sido Ponente Martínez-Calcerrada) y que ha venido a confirmar las sentencias de instancia desestimatorias —salvo en cuanto a costas— de la demanda, fue acompañada de un notable Voto particular del Magistrado señor Villagómez Rodil en el que propone la estimación del recurso, aunque con

reducción de la cuantía de las indemnizaciones. Observamos que unos mismos hechos merecen una diversa valoración a ambos magistrados, si bien hay un dato negativo importante, pues, en el caso, no se practicó autopsia ya que otro médico certificó la defunción que se atribuyó a infarto de miocardio. En el único fundamento de derecho del Voto particular se dice que la negligencia profesional del médico de urgencias se basa en no haber comprobado la tensión ni haber llevado a cabo auscultación; si bien la enferma mejoró algo, lo fue por poco tiempo, ya que unas dos horas después se agravó y otro médico de urgencias que acudió al domicilio, aunque intentó reanimarla, sólo pudo comprobar que ya era cadáver. En consecuencia se sostiene que el diagnóstico inicialmente emitido se presenta precipitado, y hasta equivocado, atendiendo al informe del forense que descartó que fuera la gastritis la causa de la muerte. Se trata más bien de un diagnóstico-impresión que sólo sirvió para cumplir en forma rutinaria una urgencia médica, pero sin la dedicación y atención que requería el cuadro patológico que presentaba la paciente. La omisión de medios resulta patente desde el momento en que el médico, que disponía de ambulancia a la puerta del domicilio, no adoptó la elemental medida, y hasta impuesta precaución, de disponer el inmediato traslado hospitalario de la enferma, para ser atendida debidamente y reconocida por especialistas, por lo que indudablemente con este proceder profesional se privó a la fallecida y con ello se instauró en sus familiares la duda razonable, y hasta fundada, de que si se hubiera efectuado el ingreso, la atención dispensada hubiera sido más completa y con probabilidades de poder salvar la vida. Apoyándose en el informe del forense de la Cátedra de Medicina Legal de Málaga y el suministrado por los peritos judiciales médicos, se llega a la conclusión de que el dolor epigástrico y los síntomas de cuadro patológico gástrico, acompañado de vómitos, es manifestación de diversos cuadros graves, entre los que cabe incluir la gastritis aguda y también el infarto de miocardio. No son de recibo ni las precipitaciones, ni los diagnósticos apresurados, pues el derecho a la salud impone y exige que se lleven a cabo todas las prestaciones necesarias, precisas e idóneas, sin omisiones injustificadas. Se rechaza rotundamente la declaración contenida en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de que el día de los hechos estaba saturado el Servicio de Urgencias, lo que obligaba a seleccionar los internamientos hospitalarios, pues tratándose de enfermos graves no han de estar supeditados a una selección más o menos administrativa y movidos por impresiones. Los enfermos no se seleccionan y lo que hay que procurar es su curación.

En el sistema del *Common Law* las opiniones disidentes de algún juez en un caso determinado suelen preparar el camino a un cambio de la doctrina jurisprudencial. En el nuestro no cabe conjeturar tal hipótesis respecto de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, no obstante lo cual hay que seguir la evolución jurisprudencial que puede darse en estos concretos supuestos de posible responsabilidad del Servicio de Urgencias Médicas, todo ello en atención a la solidez de los argumentos contenidos en el citado Voto particular. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual. Responsabilidad del Abogado. Daño moral.—Vista la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997 y 28 de enero, 25 de junio y 3 de octubre de 1998, y atendidos los matices diferenciales que en la misma figuran, forzosamente se ha de concluir que el tribunal de instancia no la ha tenido en cuenta, cuando debía hacerlo; y ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad —lo que es razonable— de estimar que el recurso hubiera prosperado; pero hay que insistir en que, por el contrario, no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la abogada de los actores, que ha privado a éstos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que precisamente la abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes, y que esta Sala valora libre y razonablemente en dos millones de pesetas para cada uno de los afectados. (STS de 29 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La letrada de los actores presentó fuera de plazo el recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda indemnizatoria presentada por los clientes de aquélla, sentencia que confirmó la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso con base en la más reciente doctrina jurisprudencial que se resume (Ponente señor Auger Liñán). Los demandantes habían cifrado en catorce millones de pesetas la cuantía de la indemnización reclamada, la cual se reduce a poco más de doce millones en el escrito de conclusiones, y viene a representar lo que reclamaban ambos en el juicio por despido. La sentencia extractada delimita adecuadamente, reduciéndolo a cuatro millones, el *quantum* indemnizatorio del daño moral por pérdida de la oportunidad de recurrir debido a la negligencia de la letrada. La STS de 7 de abril de 2003 absuelve al abogado demandado por cuanto que la redacción del escrito de personación no es obligación suya, resultando condenado el procurador; en cambio la STS de 8 de abril de 2003 condena al letrado que en un recurso contencioso-administrativo en materia de expropiación forzosa, no propone en debida forma la prueba pericial para acreditar los daños, según lo exige reiterada jurisprudencia. Cfr. también la STS de 14 de julio de 2003, en este mismo fascículo del ADC. (G. G. C.)

51. Responsabilidad civil del notario. Omisión de la inscripción de la escritura de hipoteca otorgada por el notario. Encargo a un oficial de la Notaría. Culpa *in vigilando*. Doctrina general.—Incumbe al notario demandado un riguroso deber *in vigilando* respecto al comportamiento del personal a su servicio, por cuanto el hecho de que en el despacho profesional de que es titular se realice una importante función oficial genera en los ciudadanos una razonable confianza acerca de la seriedad y seguridad con que ha de ejecutarse toda actividad que en aquél se lleve a cabo, ya sea la primera y fundamental de dación de fe pública, ya cualquiera otra que constituya consecuencia o complemento de la misma.

Hechos anteriores de apropiación indebida por el oficial de cantidades adelantadas para gastos de gestiones encomendadas por los clientes

de la notaría.—En el presente caso el hecho de la litis no fue único, sino que la actuación del oficial de la notaría del demandado había generado diversas denuncias de afectados que dieron lugar a la tramitación de causa penal, y a que el notario le comunicara su despido, constando probado que dicho oficial utilizó anteriormente, en provecho propio, al menos dos cheques por valor de millón y medio y dos millones de pesetas. Todo ello debió llegar a conocimiento del notario, por cuanto es un hecho constatado por la experiencia que la reacción primera de la persona afectada en tales casos consiste en formular su justificada protesta y esperar una solución privada y amistosa del problema, para lo cual es lógico se dirijan tanto al oficial como al notario. Todo lo cual revela la ausencia de una escrupulosa supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función notarial, y que habitualmente son encomendadas en la propia notaría, con la tácita conformidad del notario. (STS de 19 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El 13 de febrero de 1992 se constituye ante el notario demandado una hipoteca de máximo para garantizar un crédito de dieciséis millones de pesetas y con tal motivo la acreedora encargó a un oficial de la notaría la urgente presentación de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, así como toda la tramitación subsiguiente hasta la práctica de la inscripción correspondiente; en concepto de provisión de fondos entregó a aquél un cheque nominativo de 300.000 pesetas, acreditado mediante recibo con el membrete del notario y el sello de la notaría, siendo firmado por el oficial. Si bien el documento se presentó en el Registro, no llegó a ser retirado para la liquidación del impuesto correspondiente al negocio celebrado, caducando la anotación realizada en el Libro Diario, lo que permitió que posteriormente tuvieran constancia registral diversos embargos por importe de cien millones de pesetas, sobre los inmuebles objeto de la hipoteca, por lo que la garantía real que pretendía obtenerse, mediante la constitución de una hipoteca de máximo, resultó ineficaz. La demanda presentada por el acreedor fue estimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, sentencia revocada por la Audiencia Provincial. El recurso de casación interpuesto por el actor ha sido estimado con base en la sentencia extractada; pero causa extrañeza que la Sala 1.^a condenara al recurrente, cuyo recurso ha ido estimado, al pago de las costas causadas en segunda instancia y en casación. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

52. Identificación de la finca al ejercitar una acción reivindicatoria para recuperarla.—Para cumplir el requisito de identificación de la finca reivindicada no es suficiente la descripción registral o cualquier referencia del inmueble que conste en el título de propiedad. Es necesario que la finca se describa sobre el terreno por los cuatro puntos cardinales, que deben además concretarse con toda precisión para que no exista duda alguna sobre su localización. (STS de 20 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Excmo. Ayuntamiento de Chiva (Valencia) ejercita acción reivindicatoria ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Fomento de Construcciones y Contratas, S. A. (FCCSA)* y contra una serie de personas físicas que poseían en ese momento la finca reivindicada por el actor.

En primera instancia se desestima la demanda interpuesta absolviendo a todos los demandados y declarando que la propiedad de la finca objeto de la litis correspondía a sus actuales poseedores. En grado de apelación se estima en parte el recurso afirmando la Audiencia Provincial no haber lugar a la declaración de que la propiedad correspondía a los poseedores de la finca. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor, confirmando así la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (*J. D. S. C.*)

53. La acción declarativa de dominio. Finalidad. Requisitos. Diferencias con la acción reivindicatoria.—La acción declarativa de dominio tiene como finalidad obtener la declaración de que una determinada persona es propietaria de una cosa frente a otra que discute ese derecho o se lo atribuye (STS de 21 de febrero de 1941). Los requisitos de la acción declarativa de dominio son los mismos que los exigidos para el ejercicio de la reivindicatoria (STS de 17 de enero de 1984). La acción reivindicatoria, sin embargo, es ejercitada frente al tenedor y poseedor de la cosa para recuperarla (STS de 3 de mayo de 1944 y 25 de abril de 1949).

Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca expresamente la posibilidad de ejercitar acciones meramente declarativas, la doctrina y la jurisprudencia han admitido el ejercicio de esta clase de acciones, especialmente en el ámbito de los derechos reales (STS de 8 de noviembre de 1994). (**STS de 10 de julio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia por doña E. C. R. contra la Administración del Estado y contra don V. G. R., el Juez desestimó la demanda aduciendo falta de competencia objetiva de la jurisdicción civil. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial, que sí se consideró competente para conocer del asunto, desestimó nuevamente las pretensiones de la actora. El Tribunal Supremo rechazó todos los motivos de la casación declarando así no haber lugar al recurso.

NOTA.—Téngase en cuenta que la actual y vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sí permite expresamente solicitar a los Tribunales (art. 5.º) la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas. (*J. D. S. C.*)

54. Acción de deslinde. Presupuesto básico: confusión de linderos entre fincas contiguas. Queda excluida la acción cuando el perímetro del inmueble se encuentre perfectamente delimitado.—El Tribunal Supremo ha establecido, a través de una jurisprudencia constante que se confirma en esta sentencia, los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción de deslinde, que exige que los límites de las fincas contiguas implicadas no se hallen materialmente fijados, produciéndose a consecuencia de ello una posesión promiscua de todos los propietarios (o titulares de derechos reales) sobre la

zona de separación. Retomando la línea de otras resoluciones anteriores (entre otras muchas, las SSTS de 14 de enero de 1936, 8 de julio de 1953, 9 de febrero de 1962, 2 de abril de 1965, 27 de mayo de 1974 o 27 de abril de 1981), el Alto Tribunal estima que la confusión de linderos es indispensable para la práctica del deslinde, que no será viable cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y la manifestación del estado posesorio; circunstancias que no serán obstáculo, sin embargo, para el ejercicio de la acción reivindicatoria. (STS de 26 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda que da inicio a este procedimiento es interpuesta por doña M. L. Ll. R. contra don M. V. D. y doña C. E. I. (cónyuges) y don J. C. C. y doña P. E. I. (también cónyuges), solicitando la delimitación de su finca respecto de la de los demandados y también de una tercera —denominada «Carreira da Pedreira», propiedad del Ayuntamiento de Sotomaior—, que aquéllos habían ocupado con numerosas construcciones —lavadero, motores, desagüe de aguas fecales y fosa séptica, caseta de perro, huerta y viña— que le impedían el acceso a su propiedad por el lindero Sur-Suroeste. Asimismo reclamaba la actora que fueran retiradas de la franja oeste de su finca el galpón y las plantaciones que los demandados habían realizado, bien por tratarse de un terreno de su propiedad que habría que deslindar, bien en cumplimiento de las normas del lugar sobre distancias que han de guardar las edificaciones (3 m) y plantaciones (2 m) respecto de los predios colindantes. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, reconociendo a la actora el derecho de paso a pie por el camino adyacente a su finca por constituir una vía pública. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora, reconociéndole también el acceso por vehículo a través del citado camino, para lo cual éste debería ser desalojado por los demandados de las construcciones realizadas. Asimismo se estimaba su pretensión relativa a la infracción por los demandados de las normas del lugar sobre distancias de plantaciones y construcciones. Doña M. L. Ll. R. interpuso recurso de casación alegando la inaplicación del artículo 384 CC, al no haberse reconocido por la instancia el deslinde respecto de la finca de los demandados.

NOTA.—La acción de deslinde se encuentra regulada en el artículo 384 CC con arreglo al cual se reconoce a los propietarios (o titulares de derechos reales) de predios contiguos el derecho a deslindar su propiedad de las fincas adyacentes. En un plano puramente teórico es clara su distinción con la acción reivindicatoria que el dueño de un inmueble puede entablar, previa acreditación de su dominio, contra la persona que lo posee indebidamente para reclamarle su restitución. En la práctica, sin embargo, los perfiles de ambas se difuminan, ya que también a través del deslinde se articulan normalmente pretensiones restitutorias de las franjas de terrenos en las que presumiblemente se hallan ubicadas las lindes inciertas de las fincas (STS de 10 de octubre de 1998). La circunstancia de que tanto la legitimación para el ejercicio de cada una de estas acciones

(el propietario en la reivindicatoria y también los titulares de derechos reales en el deslinde) como su plazo de ejercicio (imprescriptible la acción de deslinde y sometida a un plazo de prescripción de treinta años la reivindicatoria sobre inmuebles) sean diversos, obliga necesariamente a establecer parámetros claros de distinción. El Tribunal Supremo opta por un doble presupuesto para el ejercicio del deslinde (SS de 16 de octubre y 19 de diciembre de 1990, 27 de enero de 1995, 21 de junio de 1997, entre otras): la confusión de linderos por falta de delimitación visible y la posesión promiscua sobre la zona a que conduce precisamente la anterior situación (a este último aspecto se refiere el Alto Tribunal de un modo implícito en esta sentencia, cuando afirma que el deslinde no procede sin incertidumbre respecto a la aparente extensión del fundo y a la «manifestación del estado posesorio»). El ejercicio de la reivindicatoria es posible si no concurren estos requisitos, tal y como advierte el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho tercero; por ello, no es infrecuente que en la práctica se ejerciten conjuntamente ambas acciones, para el caso de que una de ellas (normalmente la de deslinde) no sea estimada (SSTS de 16 diciembre de 1993, 22 de diciembre de 1999). (*N. M. I.*)

55. Deslinde del dominio público marítimo-terrestre. Efectos respecto de las inscripciones en el Registro de la Propiedad en la Ley de Costas de 1988.—La inclusión en el deslinde de una finca en los términos previstos por la Ley de Costas supone la declaración de la titularidad dominical y de posesión a favor del Estado sin que a estos efectos prevalezcan las posibles inscripciones existentes en el Registro de la Propiedad y constituye un título suficiente para rectificar las situaciones registrales que sean contrarias a él.

Artículo 6.3 de la Ley de Costas de 1969. Deslinde y titularidad privada inscrita.—Conforme a este precepto, la Administración sólo puede ejercitar acción reivindicatoria para tomar posesión frente al propietario inscrito como consecuencia del deslinde.

Disposición transitoria primera de la Ley de Costas de 1988.—Establece que los terrenos no deslindados o parcialmente deslindados a su entrada en vigor se deslindarán de acuerdo con las nuevas previsiones.

Artículo 132.2 CE: declaración de dominio público de la zona marítimo-terrestre y derechos adquiridos por los particulares.—El precepto constitucional no contiene una expresa excepción de los derechos adquiridos legítimamente por los particulares. (**STS de 24 de julio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante es el titular registral de una finca situada dentro de la zona de dominio público marítimo-terrestre, cuyo deslinde había comenzado a tramitarse en el año 1987 y que fue aprobado el 13 de septiembre de 1990. El actor, que había interpuesto recurso contra el deslinde ante la Audiencia Nacional, solicitaba en su demanda uno de los siguientes pronunciamientos, en función de la estimación o desestimación del citado recurso: 1) declaración de su titularidad dominical actual sobre la finca en cuestión; 2) declaración de que era propietario de esa finca al comienzo del deslinde, en el año 1987, y, por consiguiente, que ha pasado a ser titular de un derecho de ocupación y aprovechamiento del do-

minio público marítimo-terrestre. El Juzgado de Primera Instancia sólo acogió la segunda petición del segundo *petitum* alternativo al entender que, en el momento de la adquisición por el actor de la finca, ésta ya se encontraba dentro de la zona de dominio público marítimo-terrestre, por lo que no era propietario cuando se inició el procedimiento de deslinde. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante confirmando la sentencia de primera instancia pero añadiendo la declaración de su titularidad dominical, amparada por el artículo 34 LH, en el año 1987.

El Abogado del Estado recurre en casación alegando la vulneración del artículo 132.2 del Texto constitucional que declara de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre.

La sentencia que aquí se analiza gira en torno a la siguiente cuestión: si el actor era propietario de la finca al iniciarse el citado deslinde a efectos de los derechos reservados en la DT 1.ª de la Ley de Costas del año 1988. El Tribunal Supremo considera que la adquisición por el actor de la finca se realizó antes del comienzo del deslinde, por lo que confirma la sentencia recurrida por el Abogado del Estado.

Los datos de hecho, que resultan de la certificación registral y de las escrituras aportadas, y que conducen al Tribunal Supremo a la conclusión señalada son los siguientes: la finca inscrita a favor del demandante le fue adjudicada en la liquidación de la sociedad de gananciales por escritura de 22 de diciembre de 1992. Ahora bien, el propio actor la había adquirido por escritura pública de 27 de octubre de 1978, inscribiéndose tal adquisición a favor de la sociedad de gananciales. Es ésta la fecha que el Tribunal Supremo parece tomar en consideración a efectos de determinar el momento de la adquisición de la finca por el demandante. La vendedora reunía la condición de titular registral.

NOTA.—Esta sentencia ha sido comentada por Luis Miguel López Fernández en *CCJC*, 2004, núm. 65, pp. 619 a 630.

Para un análisis de los casos previstos en los números 1 y 2 de la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988, véase «Los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre y la disposición transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988», de Nieves Fenoy Picón, publicado en el tomo XLII, fascículo III del *ADC*, año 1989. (*B. F. G.*)

56. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988.—La mayor parte de los pleitos civiles que se producen en la práctica en relación a los bienes de dominio público y su repercusión en los derechos subjetivos de los particulares versan sobre construcciones destinadas a residencia de verano en zona marítimo-terrestre.

El rigor en la expresión de la Ley de Costas de 1988 trató de ser suavizado por su DT 1.ª, cuyo apartado primero transformó en titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, mediante concesión por 30 años, a los particulares que incluso por sentencia firme hubieran sido declarados propietarios de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial.

La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, a raíz de la mención expresa del dominio público marítimo en la Constitución, viene apli-

cando un progresivo rigor en la prueba de la propiedad privada de los particulares sobre espacios que pudieran comprenderse dentro de dicho dominio, teniendo en cuenta siempre el respeto a los derechos adquiridos.

La consideración como demanial del bien no deriva por sí del acto del deslinde, sino de lo dispuesto en la norma constitucional (art. 132.2), siendo aquél el complemento indispensable a las previsiones de la Ley de Costas para hacer efectiva la titularidad demanial en todo caso de estos bienes. Una vez que el terreno litigioso forma parte del demanial, ya no podrá ser declarada su propiedad en favor de ningún particular. (STS de 22 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña S. R. G. formula demanda contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes por la que solicitaba, entre otras cosas, las siguientes: 1) que se declare que la actora es propietaria en pleno dominio al momento de la publicación de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 de la finca descrita en el hecho primero de la demanda; 2) que goza del carácter de tercero hipotecario al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 LH; 3) que se declare el derecho de la actora a los beneficios de la DT 1.^a de la Ley de Costas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, en el sentido de declarar que en la fecha de publicación de la Ley de Costas de 1988, la demandante ostentaba un título privado de dominio sobre la finca que luego se vio afectada por el deslinde practicado en la playa de Punta Umbría, título que tuvo acceso al Registro de la Propiedad. Entiende el Juzgado que la actora está dentro del supuesto de hecho contemplado en la DT 1.^a, apartado tercero de la Ley de Costas de 1988, debiéndosele abonar por parte de la Administración los beneficios allí establecidos.

El Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, recurre en apelación la anterior sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso íntegramente, confirmando la sentencia apelada. Contra ésta se formula recurso de casación, alegando infracción de los artículos 132.2 CE, 5.1 LOPJ y 339.1 CC. (S. L. M.)

57. Doctrina del Tribunal Constitucional en torno a laDT 1.^a de la Ley de Costas de 1988.—El Tribunal Supremo reproduce aquí la doctrina del Tribunal Constitucional sobre tal norma y señala que el apartado 1 de la DT 1.^a de la Ley de Costas establece una transformación de un derecho dominical en concesión, que constituye una forma de expropiación, por evidentes razones de utilidad pública. La indemnización a percibir por los anteriores titulares consiste en el valor económico de la referida concesión que representa un equivalente del derecho de que se les priva; constituye el justiprecio de la expropiación que supone incluir en el dominio público bienes considerados anteriormente como particulares.

Por otro lado, dice el Tribunal Supremo que la DT 3.^a de la Ley y la 9.^a del Reglamento se refiere al Título II de la Ley de Costas, en el cual no se definen los bienes de dominio público marítimo-terrestre, sino que se imponen ciertas limitaciones a la propiedad de las tierras que no forman parte integrante de dicho dominio público, sino que son colindantes o contiguos al mismo, así como determinadas servidumbres, si bien las fincas de que se trata continuarán

siendo propiedad de sus antiguos titulares. Dichas limitaciones y servidumbres presentarán características especiales si están clasificadas como suelo urbano.

Distinto es el caso de las playas, que se integran en el dominio público estén clasificadas o no como suelo urbano, compensándose a sus antiguos titulares por la expropiación a que se ven sometidos con una indemnización que ha de ser equivalente al derecho de que se les priva.

Acto de deslinde.—El Tribunal Supremo ha señalado ya varias veces que el acto administrativo de aprobación del deslinde, determinando los terrenos que forman parte del dominio público marítimo-terrestre atribuye a los mismos los caracteres de inalienables, imprescriptibles e inembargables, careciendo de todo valor obstativo, detenciones privadas, por muy prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparecieran amparadas por asientos registrales. No pueden existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre.

Fundamento de la expropiación forzosa.—Siempre que se lleva a cabo una expropiación forzosa, va a producirse una limitación o restricción de derechos individuales, alterándose en cierta medida la seguridad jurídica y las expectativas de los afectados, que han de sufrir un cierto sacrificio al verse privados de determinados bienes o derechos en atención a la utilidad o interés social. La expropiación forzosa se contempla en la Constitución como una posibilidad a utilizar en determinados momentos, siempre en atención a fines relevantes y mediante la correspondiente indemnización, y aunque viene a alterar situaciones jurídicas preexistentes, privando a ciertos ciudadanos de derechos absolutamente legítimos, es perfectamente compatible con los principios que proclama el artículo 9 de la misma, los cuales, en consecuencia, no pueden entenderse vulnerados. (STS de 16 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. J. V. interpone demanda contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, solicitando que se declarase que era propietario de una finca urbana situada en la playa de la Antilla (Lepe), la cual, con anterioridad al deslinde aprobado por Orden Ministerial, estaba ubicada en suelo delimitado fuera del dominio público marítimo-terrestre. Subsidiariamente, suplica que se le reservase el derecho a solicitar la concesión a que se refiere el apartado primero de la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la petición principal de la demanda y acoge parcialmente la formulada con carácter subsidiario, declarando reservado al actor el derecho a solicitar la mencionada concesión. Dicha sentencia se recurre en apelación por ambas partes, donde fue confirmada por la Audiencia Provincial. Finalmente, el actor interpone recurso de casación, donde el Tribunal Supremo desestima todos sus motivos, por considerar que la privación del derecho que ostentaba el recurrente es consecuencia de una expropiación por causa de utilidad pública, cuyo fundamento se encuentra en la Constitución. (S. L. M.)

58. Características y objeto de la tercería de dominio. Prueba que debe presentar el tercerista.—La tercería de dominio es un procedimiento accesorio que deriva necesariamente de un juicio ejecutivo o de un procedimiento de apremio (STS de 3 de junio de 1916). Ni el acreedor ejecutivo ni

el deudor ejecutado pueden ejercitar tercería de dominio. Será el tercerista precisamente el que ejercite sus pretensiones contra los que fueron parte en aquel juicio ejecutivo (STS de 15 de diciembre de 1984). La finalidad de la tercería de dominio es alzar el embargo sobre los bienes indebidamente trabados, por no ser éstos propiedad del ejecutado sino de un tercero (SSTS de 24 de julio de 1992, 4 de junio de 1993 y 24 de febrero de 1995, entre otras).

Del mismo modo que al ejercitar una acción reivindicatoria, el tercerista ha de justificar la propiedad de los bienes embargados. Sin embargo el que promueve una tercería de dominio ha de probar además que las deudas de las que deriva el embargo son ajenas a su patrimonio (STS de 12 de junio de 1956). **(STS de 6 de mayo de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—La mercantil *Silos Aranjuez, S. L.* promovió tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Silos Las Vegas, S. A.*, don A. C. N. y doña D. G. G. La actora aseguraba que la finca descrita en la demanda y que había sido objeto de ejecución era de su propiedad, por lo que solicitaba el alzamiento del embargo sobre la misma. Por su parte, la mercantil demandada reconviene solicitando que se declare la nulidad, invalidez e ineficacia del negocio jurídico por el cual la actora principal había adquirido la finca sobre la que se había trabado embargo. El juez desestima tanto la demanda como la reconvencción y ordena el alzamiento de la suspensión de la ejecución. Ambas partes formulan sendos recursos de apelación que son también desestimados.

Finalmente, *Silos Aranjuez, S. L.* formalizó recurso de casación fundado en los artículos 38, 34, 1.3 en relación con el 228 todos ellos de la Ley Hipotecaria y en el artículo 24 CE. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso afirmando que la mención a los preceptos de la Ley Hipotecaria era irrelevante en el caso planteado y que la indefensión aducida por el recurrente era sólo imputable a él mismo o a su defensa técnica. La misma suerte corrió el recurso de casación interpuesto por *Silos Las Vegas, S. A.*, fundado en la infracción de la jurisprudencia respecto de la excepción del litisconsorcio pasivo necesario. (*J. D. S. C.*)

59. Objeto de la tercería de dominio. Prueba. Diferencias con la acción reivindicatoria.—La tercería de dominio tiene como finalidad el levantamiento del embargo sobre uno o varios bienes que han sido indebidamente trabados, por ser éstos propiedad de un tercero. La discusión acerca de la validez y eficacia del embargo no puede ser objeto de una tercería de dominio.

Para su estimación es necesario lo siguiente: Primero, que el tercerista pruebe su dominio sobre el bien que pretende excluir de la vía de apremio. Segundo, que la adquisición del dominio sobre el bien sea anterior al embargo que se pretende alzar. Tercero, que se pruebe la identidad entre el bien embargado y aquel sobre el que recae el dominio invocado.

Por otra parte y a pesar de la similitud apreciable entre la tercería de dominio y la acción reivindicatoria, el fin de esta última es la restitución del bien que en ningún caso puede lograrse mediante una tercería de dominio. **(STS de 7 de mayo de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don G. A. C. y doña M. F. F. ejercitan acción de tercería de dominio contra el *Banco Bilbao Vizcaya Argentina, S. A.*, don M. C. E. y doña N. N. G., con el fin de alzar el embargo que se había trabado sobre una finca que los actores adquirieron por compraventa mediante escritura otorgada por los interventores de la suspensión de pagos de la entidad *Navarro y Cortada, S. A.*

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. El recurso de apelación formulado ante la Audiencia Provincial fue igualmente desestimado. Finalmente, los actores interponen recurso de casación basado en la infracción del artículo 1532 LEC y de los artículos 9, 4.º y 5.º de la Ley de Suspensión de Pagos. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—El 1 de septiembre de 2004 entró en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuyo primer párrafo de la DD única ha derogado la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. (*J. D. S. C.*)

60. Legitimación de un comunero para el ejercicio de acciones.—El Tribunal Supremo ha reconocido en muchas ocasiones en su jurisprudencia la legitimación de cualquier comunero, aun cuando no manifieste expresamente que actúa en interés de la comunidad para el ejercicio de acciones, siempre y cuando las pretensiones deducidas, en caso de prosperar, redunden en provecho y beneficio de todos los componentes de aquélla.

En este caso, cabe que un comunero ejercite una tercería de dominio cuando con ello se persigue el levantamiento de un embargo, puesto que la misma es provechosa para todos los integrantes de la comunidad.

Identificación de los bienes embargados y de su titularidad dominical.—En primer lugar, conviene señalar que en la tercería de dominio no se reclama la propiedad de los bienes a que la misma afecta, sino el alzamiento de los embargos que se hubieran practicado sobre los mismos.

El ejecutante no puede dirigir su acción ejecutiva contra una finca que ya no pertenece a las personas frente a las que se ejercita aquélla, sobre todo cuando en la fecha en que se practica el embargo, el dominio de la finca no corresponde a tales personas y los nuevos compradores adquieren la propiedad con anterioridad a dicha fecha.

La circunstancia de que los nuevos propietarios y comuneros de la finca no procedan a limitar su porción con cualquier clase de cerca, carece de toda importancia a la hora de comprobar la identificación de la finca. No constituye un argumento para trabar embargo sobre la misma. (**STS de 3 de mayo de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito* formula juicio ejecutivo contra doña M. P. T. y don A. B., donde se embargó una finca rústica como de la exclusiva propiedad de los demandados. Por este motivo, *Nueva Información Económica, S. L.* interpone una tercería de dominio contra la señora T., la herencia yacente del señor B. y el *Banco Español de Crédito*, alegando que los ejecutados, en fecha anterior al embargo, le habían vendido en escritura pública el 50% de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión de la tercerista. Sin embargo, la Audiencia Provincial señala, por un lado,

que aquélla no actuaba en nombre de la comunidad proindivisa existente sobre la finca, sino en su exclusivo provecho, y por otro, que la identificación del predio no se daba porque éste se embargaba en su totalidad y la tercerista sólo era titular de la mitad, que no había sido dividida. Acoge de esta forma el recurso del *Banco Español de Crédito*, decisión frente a la cual *Nueva Información Económica* interpone recurso de casación.

El Tribunal Supremo acoge el recurso, admitiendo la legitimación implícita de ese comunero porque el levantamiento del embargo, que es lo que persigue la tercerista, va a resultar beneficioso para todos los comuneros. Igualmente, considera que sí se da el requisito de la identificación del inmueble. (S. L. M.)

61. Propiedad horizontal. Acceso a las plazas de garaje a través del portal y escaleras del edificio por parte de aquellos propietarios que no sean titulares de pisos en las plantas altas: exclusión de este derecho en el título constitutivo de la propiedad horizontal.—El Tribunal Supremo considera razonable y conforme a lo prescrito en el artículo 5.III LPH la cláusula, contenida en el título constitutivo de un edificio, por la cual se denegaba el uso de las escaleras, portal y ascensor a quienes, ostentando la titularidad de alguna plaza de garaje ubicada en los sótanos del inmueble, no fueran sin embargo propietarios de un piso en las plantas superiores. El acceso a la zona de estacionamiento debían realizarlo estas personas a través de la rampa para peatones y vehículos instalada al efecto en el sótano primero del inmueble. (STS de 23 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. M. L., doña C. L. C. y doña M. T. B. R. instan acción declarativa contra la comunidad de propietarios del edificio donde tenían unas plazas de garaje en propiedad, solicitando que les fuera reconocido el derecho a acceder a ellas a través de la puerta principal, portal, portería, zaguán, escaleras y ascensores del inmueble, y prestándose a abonar por ello las correspondientes cuotas de mantenimiento de los elementos comunes. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Contra dicha sentencia la comunidad interpuso recurso de apelación, que fue estimado íntegramente. Los actores recurrieron en casación.

NOTA.—Se vuelve a plantear en este procedimiento una cuestión similar a la decidida por el Tribunal Supremo en su S de 4 de octubre de 1993. Se trata de la posibilidad o no de reconocer un derecho de uso sobre los elementos comunes a aquellos propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal cuya integración en la comunidad se deba exclusivamente a la titularidad de una plaza de garaje. El caso enjuiciado no puede reconducirse a las llamadas «subcomunidades de garaje», cada vez más frecuentes dentro de la práctica, en las que la/s planta/s de los inmuebles urbanos destinada/s a estacionamiento de los vehículos (sótano o espacio abierto) se configuran como una comunidad independiente —que registralmente consta además en folio aparte—, sometida a un «régimen de proindiviso ordinario» en el que cada titular ostenta una cuota sobre el total (por ejemplo, doceava parte) o a uno de «propiedad horizontal» con sus propios elementos comunes (zonas de maniobra, pa-

sillos, instalaciones de electricidad o ventilación, etc.), órganos de gobierno y cuotas de participación calculadas en centésimas del garaje. En el caso resuelto por esta sentencia (según se deduce de la calificación como «elementos comunes» del portal, escaleras y ascensores que los actores pretenden utilizar), parece que nos hallamos ante una «única» comunidad de propietarios, a la que –probablemente de manera indebida, por haber sido enajenados separadamente el piso y sus anejos– se habrían incorporado personas que no ostentaban la titularidad dominical de algún elemento privativo (esto es, los pisos y locales), y que tendrían sin embargo una cuota de participación sobre la totalidad del inmueble que les facultaría para utilizar los elementos comunes [*contra* SAP Zaragoza (Sección 5.^a) de 21 de abril de 2003, que se refiere a la necesidad de un uso funcional, que generaría una especie de «subcomunidad de uso» a favor de algunos de los propietarios], obligándoles a contribuir también a su mantenimiento y conservación («obligación *propter rem*»). ¿Podría considerarse lícita la cláusula estatutaria que privara –como sucede en el presente caso– a los propietarios de una plaza de garaje del uso del portal, ascensor y escaleras para acceder a los sótanos donde se hallase ubicada? Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en las dos ocasiones en que se ha pronunciado sobre este particular (la mencionada sentencia del año 1994 y en la que se reseña en estas líneas), con base en lo dispuesto en el artículo 5.III LPH. Este precepto legitima a los propietarios de algún piso o local en régimen de propiedad horizontal para establecer en el título constitutivo el estatuto del edificio en su conjunto incluido el uso o destino que habrá de darse a los diferentes pisos o locales (destino, actividades prohibidas, etc.) y también, con mayor razón aún, a los elementos comunes. Como limitaciones que son del derecho de propiedad, estas prescripciones habrán de ser objeto de una interpretación restrictiva, que necesariamente deberá favorecer a los propietarios afectados en caso de duda (*vid.* en este sentido la STS de 21 de diciembre de 1993, sobre una cláusula del título constitutivo acerca del destino de los locales comerciales del edificio). En el supuesto fáctico resuelto por esta sentencia era evidente que se había querido esta privación al quedar reservado el uso de los elementos comunes que facilitaban el acceso al garaje por el interior del inmueble exclusivamente a los propietarios de los pisos. (*N. M. I.*)

62. Propiedad horizontal. Sótano-garaje como elemento privativo independiente y no de carácter común.—La omisión del sótano en la escritura de obra nueva y propiedad horizontal no es argumento suficiente y válido para que por ello dicha planta deba considerarse elemento común. En la primitiva redacción del Código civil en el artículo 396 se incluía a los sótanos como elemento común, pero ha sido objeto de supresión por la modificación operada por la Ley de 21 de julio de 1960, de Propiedad Horizontal, que los excluyó y su calificación conceptual como elemento del edificio es privativa cuando no figura constitutivo del régimen de propiedad horizontal, e impone partir, en principio, de que los sótanos no pueden reputarse como elementos comunes por naturaleza (SSTS de 10 de mayo de 1965, 9 junio de 1967 y 5 de mayo de 1986) por no estar incluidos en el referido artículo 369.

Demanda reconvenional. Presupuestos subjetivos.—Conforme a la STS de 29 de julio de 1991, la parte demandada no puede aprovechar su posición procesal para reconvenir rebasando la demarcación subjetiva delimitada por el pleito. Ello significa que no puede plantear reconvenición ni frente a terceros no litigantes ni frente a los codemandados (SSTS de 19 de diciembre de 1988, 29 de julio de 1991 y 5 de marzo de 1999). El Tribunal Supremo tiene declarado que los codemandados reconvenidos no están obligados a contestar a la reconvenición propuesta por otro codemandado, lo que representaría conculcar los artículos 542 y 668 LEC, pues implicaría dejar al arbitrio de las partes la vigencia del procedimiento y su regulación, con olvido del carácter de orden público que corresponde a las normas procesales (SSTS de 31 de mayo de 1989, 13 de mayo de 1992 y 15 de julio de 1999). **(STS de 30 de junio de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don G. P. T construyó un edificio de viviendas, del cual también fue promotor. En la escritura de obra nueva y división horizontal del edificio no constó la planta sótano destinada a garaje porque su licencia de construcción tuvo lugar con posterioridad a la fecha de otorgamiento de dicha escritura.

Años más tarde, don G. P. T. presenta demanda en la que solicita la modificación de la escritura de división horizontal para incluir el sótano como elemento privativo independiente y se considere como fincas independientes las plazas de garaje existentes en dicho sótano. Parte de los demandados contestan a la demanda y en reconvenición solicitan que se declare que los garajes pertenecen a la comunidad de propietarios del edificio.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la reconvenición y estima la demanda, ordena la modificación de la escritura de obra nueva para que conste el sótano y se consideren elementos independientes las plazas de garaje en él existen. Contra esta sentencia, el demandado don P. C. J. R. presenta recurso de apelación que es desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado por P. C. J. R. *(L. S. M. P.)*

63. Régimen de propiedad horizontal. Estatutos inexistentes. No aplicación del plazo de caducidad de la acción de impugnación.—Al no constar la aprobación de los estatutos impugnados carece de sentido aplicar la sanación de los acuerdos necesitados de unanimidad por transcurso del plazo de caducidad, pues falta el propio acuerdo en sí mismo.

Ausencia de estatutos. Régimen aplicable.—Tal y como dispone la Ley de Propiedad Horizontal, los estatutos no son preceptivos. A falta de ellos, la comunidad de propietarios se rige directamente por dicha Ley y por su título constitutivo.

Actos propios.—La interposición de la demanda no supone contradicción con los propios actos del actor, pues para ello habría sido necesaria una pasividad prolongada capaz de dotar de existencia a unos estatutos legalmente inexistentes. **(STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—Una comunidad de propietarios se había venido rigiendo durante veinticinco años por una normativa cuya aprobación no constaba en parte alguna.

El propietario de una de las viviendas que integran la zona constituida en régimen de propiedad horizontal demanda a la comunidad de propietarios solicitando la declaración de que los únicos estatutos que la regían eran los contenidos en la escritura de declaración de obra nueva y configuración de propiedad horizontal; por ello, pedía también la declaración de nulidad de cualesquiera otras normas que se aplicaran en tanto no fueran aprobadas con las formalidades legales.

El actor había adquirido la vivienda diez años atrás; hasta el momento de la interposición de la demanda manifestó en más de una ocasión no estar conforme con la validez de las normas que regían la comunidad. Durante tres años, perteneció a la junta de presidentes de la comunidad.

En primera instancia se desestimó la demanda; la Audiencia estimó el recurso de apelación de la parte actora acordando la ineficacia de las normas en lugar de la nulidad «por la conveniencia de salvar la actuación de la comunidad durante más de veinticinco años» (FJ 1.º). (B. F. G.)

64. Interpretación de los contratos.—Ha de partir necesariamente del significado derivado de las palabras contenidas en el contrato, aunque es necesario que toda interpretación vaya más allá del sentido gramatical de aquellas expresiones, atendiendo fundamentalmente a la «intención» de las partes y a la «finalidad» que pretendieron mediante dicho negocio jurídico. La intención y el espíritu del negocio pueden deducirse no sólo de la conducta de los interesados en el momento de contratar, también de las circunstancias concurrentes o actos anteriores al contrato, siempre que arrojen luz sobre la voluntad de los otorgantes (STS de 21 de abril de 1993).

Es doctrina reiterada que la interpretación de los contratos debe ser realizada en primera instancia. Una vez realizada la labor hermenéutica en la instancia, sólo puede ser modificada en casación cuando resulte ilógica, arbitraria o vulneradora de preceptos legales.

Autorización de la comunidad de propietarios para la realización de obras por parte de uno de los comuneros.—Para llevar a cabo determinadas obras en viviendas o locales sujetos al régimen de propiedad horizontal es necesario que su ejecución haya sido acordada unánimemente por todos los comuneros; y esto, con independencia de que las obras proyectadas cuenten con la necesaria licencia municipal.

Las columnas de sostenimiento de las fachadas, las paredes construidas entre esas columnas, así como todas las paredes externas del edificio aunque delimiten la propia vivienda o local de uno de los copropietarios, son elementos comunes y no privativos (SSTS de 15 de abril de 1978 y 24 de febrero de 1996). Por tanto, la apertura de huecos en los precitados elementos, aun en el caso de no afectar a la estructura del edificio, requieren el acuerdo correspondiente exigido por la Ley de Propiedad Horizontal. (STS de 19 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Promociones Keops, S. A.* interpone demanda contra el *Banco Exterior de España, S. A.* (actualmente *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*) sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada por la actora toda vez que el incumplimiento de la condi-

ción suspensiva incluida en el contrato convirtió en ineficaz la compraventa. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

65. Comunicación pública de obras audiovisuales en habitaciones de hotel sin la autorización de las entidades de gestión de estos derechos.—La retransmisión de obras audiovisuales a través de los aparatos de televisión instalados en las habitaciones de un hotel no puede considerarse comunicación pública a los efectos del artículo 20 LPI, ya que se trata de un ámbito estrictamente doméstico. No queda acreditado que el hotel contara con una red de difusión propia a través de la cual se hubieran retransmitido —alteradas o transformadas— las señales captadas. Por esta retransmisión el hotel no cobraba un suplemento por la prestación del servicio, siendo además relevante la circunstancia de que tampoco se impusiera a los clientes el uso uniforme y general de las difusiones de contenido televisivo sino que se dejara a su libre elección. La *Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)* está legitimada para la defensa *in genere* de estos derechos, a pesar de haber desaparecido su monopolio como entidad de gestión tras la LPI de 1987, siempre que aporte la autorización administrativa que habilite la gestión y los estatutos debidamente aprobados. (**STS de 10 de mayo de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* y la *Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)* entablaron demanda contra el establecimiento hotelero «Taurito Princesa» solicitando la cesación de comunicación pública de los repertorios de obras audiovisuales gestionados por estas entidades, a través de los aparatos de televisión instalados en las habitaciones del hotel, en tanto no fueran obtenidas las pertinentes autorizaciones. Asimismo se solicitaba la indemnización a ambas actoras de los daños y perjuicios causados por la parte demandada por esta explotación no autorizada con arreglo a las tarifas aprobadas por las mismas para establecimientos de esa clase. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, que fue recurrida en apelación por la demandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de la instancia y absolviendo de la misma a la entidad *South Paradise, S. A.*, propietaria del hotel «Taurito Princesa». La *SGAE* interpone recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ocupa nuevamente en esta sentencia del recurso de casación núm. 862/1997, que ya había dado lugar a una resolución anterior de 24 de septiembre de 2002, que fue anulada por haberse omitido el deber procesal de comunicar a las partes la composición del Tribunal (STS de 21 de diciembre de 2002). El sentido de ambas resoluciones es idéntico, aunque contrario al mantenido en una primera sentencia de 11 de marzo de 1996, favorable a apreciar en estos casos la comunicación pública. El cambio de criterio se justifica con base en la STC 10/2002, de 17 de enero, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 557 LECr por vulneración del artículo 18.2 CE, al negar en este precepto el carácter de domicilio a las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas. De conformidad con este pronunciamiento, las habitaciones

de hotel habrían de ser consideradas como ámbito estrictamente doméstico a efectos de aplicar la excepción a la comunicación pública del artículo 20.1.II LPI («No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo»). Curiosamente entre ambas sentencias vio la luz una tercera, dictada también por el Tribunal Supremo el 31 de enero de 2002, en la que no se admitía la incidencia de la anterior jurisprudencia constitucional, de ámbito estrictamente penal, en la exigencia del pago de derechos a los establecimientos hoteleros que instalaran en sus habitaciones aparatos televisores, que debía basarse en cambio en el lucro empresarial obtenido por la prestación de este servicio individualizado. (N. M. I.)

66. Supuestos de doble venta.—El Tribunal Supremo hace aquí referencia a la reiterada jurisprudencia de la Sala en relación a la distinción de dos supuestos cuando nos enfrentamos al tema de la doble venta: *a)* que la primera compraventa no se hubiera consumado en el sentido no haberse producido la posesión real o de hecho del bien adquirido, en cuyo caso la que predomina y resulta válida es la que se inscribe en el Registro de la Propiedad; y *b)* que la primera compraventa resulte plenamente consumada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa al vendedor que accede efectivamente a su posesión inmediata y disfrute. En estos últimos supuestos no cabe hablar de doble venta, sino de venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda por falta de objeto.

Protección del artículo 34 LH.—Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, la condición de tercero hipotecario no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho. Si el acto adquisitivo del tercero es inexistente o nulo, la fe pública registral no tiene una función sanadora, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para el tercero será considerado exacto y verdadero. Por tanto, la inscripción en el Registro no convalida los vicios de invalidez o nulidad de que adolezca el acto adquisitivo.

Para que resulte aplicable el artículo 34 LH, debe ser válido el título adquisitivo del tercero que lo inscribe. Cuando se demuestra que el bien vendido en subasta no pertenece a quien figura como titular registral, el propietario efectivo y real puede reclamar judicialmente que se le reconozca su titularidad dominical, a la cual accedió en forma legal.

Dicho precepto 34 es una excepción del 33, tal como resulta de su propia finalidad. La coherencia entre ambos determina que la nulidad del acto adquisitivo entre el tercer adquirente y el transmitente hace entrar en juego el artículo 33 y esa nulidad del título adquisitivo ocasiona la ineficacia de la tutela específica que otorga el artículo 34. (STS de 10 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por escritura pública de 21 de diciembre de 1989, los demandantes compraron a la mercantil *Goosen, S. A.* el inmueble objeto de litigio, habiendo entrado en posesión material del bien adquirido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Figueras tramitó el juicio ejecutivo que promovió el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, en el que se embargó la finca objeto de la

compraventa y la traba se anotó en el Registro de la Propiedad el 18 de mayo de 1992. Dicho Juzgado tramitó también otro juicio ejecutivo a instancia del *Banco Español de Crédito, S. A.*, en el que se embargó igualmente la finca enajenada en fecha de 30 de enero de 1992, con anotación en el Registro practicada el 16 de abril de 1992. En este procedimiento y en vía de apremio, se adjudicó el inmueble, tras la subasta, a los demandados don J. J. G. A. y doña M. G. L., cancelándose las anotaciones de embargo practicadas, inscribiendo su título el 6 de julio de 1995.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Figueras estima la demanda y declara, entre otras cosas, la validez y eficacia de la escritura pública de venta de 21 de diciembre de 1989, así como que los demandantes son legítimos propietarios de la finca urbana, decretando, consecuentemente, la nulidad de las actuaciones relativas a los embargos. Don J. J. y doña M. promueven recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, donde se revoca la sentencia de instancia.

Posteriormente, los actores interponen recurso de casación alegando la aplicación indebida del artículo 34 LH y la infracción del artículo 1473 CC. El Tribunal Supremo viene a decir que no se trata de un supuesto de doble venta, y hace prevalecer la realidad extrarregistral que representa la compraventa pública que tuvo lugar el 21 de diciembre de 1989 sobre la inscripción registral posterior que interesó el demandado en fecha de 6 de julio de 1996. (*S. L. M.*)

67. Protección de la fe pública registral en los casos de doble inmatriculación.—Ante la existencia de un conflicto o colisión de titularidades, en aquellos supuestos en que una finca aparece inmatriculada dos veces en el Registro de la Propiedad a nombre de personas distintas, ha de ser aplicado el principio de prioridad dando así preferencia al tercero hipotecario protegido por la fe pública registral conforme al artículo 34 LH. (**STS de 9 de mayo de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. L. interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra don A. R. A., doña J. L. C., doña R. R. A., don J. L. A. y doña M. C. A. V. Se solicita al Juzgado la declaración de que el actor es dueño de pleno dominio de la finca descrita en la demanda, así como la nulidad de la escritura de compraventa otorgada ante notario por un tercero en la que vendía la precitada finca.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda absolviendo a todos los demandados de las pretensiones que contra ellos se deducían. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia al desestimar el recurso de apelación interpuesto. El demandante formula finalmente recurso de casación fundado en la infracción del artículo 34 LH, ante el cual el Tribunal Supremo declara no haber lugar por no cumplirse los requisitos necesarios para que concurra en el actor la cualidad de tercero hipotecario. (*J. D. S. C.*)

68. Efectos de la publicidad registral. Doble inscripción.—Al tercero hipotecario no le afecta lo que no consta en la inscripción registral de la que

trae causa su adquisición, que se mantiene cuando concurren los siguientes requisitos: que haya adquirido su derecho de un titular registral que aparece en el «Registro con facultades para transmitirlo», que sea de buena fe y adquiera a título oneroso, y que inscriba su título en el Registro de la Propiedad. El hecho de que la finca litigiosa constase también en el Registro a nombre de un sujeto distinto del transmitente no es obstáculo para proteger al tercero hipotecario cuando este hecho no conste en el folio registral de la finca adquirida. (STS de 12 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita acción reivindicatoria de fincas, que es estimada en ambas instancias, declarándose la cancelación de la inscripción registral de la titularidad de los codemandados. Éstos habían adquirido las fincas del titular registral, una sociedad anónima también demandada. Son hechos probados que las fincas eran propiedad de la demandante desde 1964, que las tenía inscritas a su nombre, pero en 1991 fueron absorbidas por la sociedad codemandada, «sobre el Registro, a base de modificaciones tabulares», y físicamente invadidas al urbanizar los terrenos. En casación ha lugar al recurso y se declaran protegidos los adquirentes por su condición de tercero hipotecario, lo que conduce al Tribunal Supremo a apreciar una acción subsidiaria ejercitada por los demandantes y condenar a la sociedad codemandada a indemnizarles por los daños y perjuicios causados al no poder recuperar las fincas. (C. J. D.)

69. Efectos de la publicidad registral.—Las circunstancias extrarregistrales son inoperantes frente al tercero hipotecario (art. 34 LH). La declaración de nulidad del procedimiento ejecutivo «no alcanza a las compraventas posteriores» a la adjudicación judicial cuando el tercero está protegido por la denominada fe pública registral. (STS de 17 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido embargado un piso, fue adjudicado en subasta a un tercero, que inscribe su título en el Registro de la Propiedad, y lo vende después a un matrimonio que, a su vez, inscribe. El matrimonio vendió el piso, y los compradores inscribieron también su adquisición. Entretanto, se había declarado nulo el procedimiento ejecutivo y las actuaciones derivadas de él, sin que en ningún momento se hubiera anotado la demanda ni solicitado la anotación de la misma en el Registro de la Propiedad. (C. J. D.)

70. Nulidad de venta judicial de finca por deudas del titular aparente (titular registral). Consecuencias en relación con el dominio inscrito a favor del adjudicatario.—Es nula la venta judicial de un bien que no estaba afecto a la responsabilidad por el pago de la deuda. La inscripción de esta venta en el Registro de la Propiedad no sana los defectos del título (art. 33 LH), por lo que el adjudicatario inscrito no tiene la condición de tercero hipotecario a efectos de ganar la protección registral: el artículo 34 LH salva la nulidad del acto adquisitivo anterior, no la del propio.

Buena fe registral.—No concurre la buena fe exigible para que opere la protección del Registro de la Propiedad, en el adquirente que contó con medios adecuados para conocer que la finca no pertenecía al titular aparente del que trae causa. Queda acreditado que el tercero contó con estos medios ade-

cuados para conocer, cuando no consta que hubiese «agotado la diligencia que se presentaba posible de consultar al Registro».

Efectos de la anotación de embargo.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que la anotación de embargo otorga prioridad sólo frente a los actos dispositivos posteriores, «no con relación a los anteriores aunque no figuren inscritos». (STS de 16 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El conflicto de intereses surge entre el titular extrarregistral de un inmueble y la entidad acreedora del titular registral, que embargó el inmueble y resultó adjudicataria del mismo. Durante un periodo de más de dos años y medio, el titular extrarregistral llegó a figurar como titular registral, pero la inscripción fue cancelada mediante providencia judicial tres semanas antes de la venta judicial. El titular extrarregistral ejercitó una acción declarativa del dominio a su favor y de nulidad de la venta judicial del mismo, con la cancelación de la inscripción derivada, o, subsidiariamente, una acción de enriquecimiento sin causa. El Juzgado de Primera Instancia declaró nula la venta judicial y ordenó cancelar la inscripción del dominio de la entidad adjudicataria, declarando como único titular al demandante. La Audiencia revocó la anterior. En casación, hubo lugar al recurso. (C. J. D.)

71. Proceso hipotecario de ejecución extrajudicial. No cabe fundar la casación por infracción de doctrina jurisprudencial en la cita de una sola sentencia, ni en defectos genéricos, no concretos ni específicos, del procedimiento en cuestión.—El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de la doctrina de esta Sala contenida en la S de 1 de junio de 1995, expresiva de que las notificaciones en los procedimientos judiciales sumario y extrajudicial han de ser hechas de forma personal. De ello deduce: «Y como en el presente caso, aplicando la doctrina expuesta, aun cuando la escritura con garantía hipotecaria se estableció ante el notario J. S. G. en 24 de enero de 1991, y el domicilio de la deudora se fijaba en Alemania, como antes se indicó, no pueden ser válidos los requerimientos o notificaciones practicados en el domicilio de la entidad bancaria acreedora, por lo que resulta evidente la nulidad del procedimiento extrajudicial hipotecario».

El motivo se desestima porque la cita de una sola sentencia de esta Sala no puede fundar un motivo de casación fundado en infracción de doctrina jurisprudencial, y porque la queja casacional no es concreta y específica, no señala qué notificaciones dentro del procedimiento se encuentran en esas condiciones descritas en el motivo. Es inadmisibles casacionalmente que esta Sala asuma la labor de examinar de oficio toda la tramitación del procedimiento hipotecario de ejecución para comprobar su adecuación a las prescripciones legales, ante la mera acusación genérica de que no se han cumplido. El artículo 1707 LEC obliga al recurrente a especificar qué norma se ha infringido.

Es abusiva la cláusula en la que se fija como domicilio del deudor a efectos de notificaciones y requerimientos propios de los procedimientos de ejecución hipotecaria el del propio acreedor hipotecario, pero ello no determina la nulidad de las otras notificaciones efectuadas al deudor en su persona o conocidas por él a través de otros medios.—Asiste la razón a la recurrente al estimar abusiva la cláusula de fijación de domicilio del deu-

dor en el del acreedor hipotecario a efectos de notificaciones o requerimientos en los procedimientos de ejecución hipotecaria, pues puede producirle una indefensión al ser desconocedor de los trámites (le han de ser notificados por el mismo acreedor en el domicilio del mismo acreedor), aunque en este caso se señaló también como domicilio el de la deudora en Alemania. Sin embargo, las consecuencias que pretende alcanzar mediante la formulación del motivo no son admisibles, porque estamos ante el mismo vicio casacional por el cual se ha desestimado el anterior, además de que en modo alguno la nulidad proclamada lleve consigo la de las notificaciones que se le han hecho en el procedimiento litigioso en su persona, de la cual se da por enterada, ni borra a todos los efectos legales el conocimiento que del propio procedimiento pueda haber tenido por otros medios.

El hecho de que un documento privado tenga fecha auténtica no impide que el órgano judicial examine la veracidad y legalidad de su contenido.—El motivo se desestima porque el hecho de que un documento privado tenga fecha auténtica nada significa respecto a la veracidad y legalidad del contenido, lo que puede ser objeto de examen por el órgano judicial; la autenticidad de la fecha no hace desaparecer en absoluto los vicios de que pudiera adolecer el contrato. Además, se desestima porque no es más que una afirmación unilateral sin ningún sustento fáctico que el contrato de arrendamiento no tuviese como finalidad ilícita la de defraudar los legítimos derechos del adjudicatario del bien, objeto de procedimiento de ejecución hipotecaria, a su posesión y goce, tal y como la instancia reconoce. (STS de 17 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Producida la ejecución extrajudicial de una hipoteca, el acreedor hipotecario cede el remate a una sociedad limitada, otorgando a su favor la correspondiente escritura de transmisión. La deudora ejecutada, que había concertado un contrato de arrendamiento de la finca hipotecada con un tercero, con la finalidad de burlar los derechos de la adjudicataria, demanda a ejecutante y adjudicataria solicitando la nulidad del procedimiento y de los derechos e inscripciones surgidos a raíz del mismo, ante lo cual la sociedad adjudicataria reconviene solicitando, entre otras cosas, la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por la ejecutada en fraude de su derecho. Desestimadas las pretensiones de la ejecutada en ambas instancias y admitidas las de la demandada reconviniente, con ligeras variaciones entre las dos sentencias, la ejecutada interpone el recurso de casación al que el Alto Tribunal declara no haber lugar. (M. C. B.)

DERECHO DE FAMILIA

72. Gananciales. Liquidación. La farmacia como bien ganancial. Requisitos.—Para determinar la naturaleza del denominado negocio de farmacia hay que distinguir dos facetas; la primera viene determinada por el RD de 14 de abril de 1978, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto de los cuales el traspaso está sujeto a requisitos administrativos, de modo que sólo los farmacéuticos, indivi-

dual o asociados, en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia; corroborado por el artículo 103 de la Ley de Sanidad de 1986 que define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios, y prescribe en su párrafo 4.º que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las mismas, habiendo concretado la STS de 17 de octubre de 1987 que se trata de normas puramente administrativas sin posible incidencia en el derecho patrimonial, y limitada a regular la titularidad de las licencias para el ejercicio de la farmacia; la segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho a traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia; esta faceta es susceptible de ser considerada como bien ganancial siempre que se den alguno de los requisitos correspondientes a los tipos del artículo 1347 CC. En el presente caso se trata de una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por lo que resulta indudable su naturaleza de bien común. (STS de 14 de mayo de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

73. Sociedad de gananciales. Consentimiento uxorio para la enajenación de inmuebles. Evolución de la doctrina jurisprudencial.—La STS de 20 de junio de 1991 dice que el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actitud dispositiva realizada y materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades concordantes de ambas; la STS de 5 de julio de 1994 añade que en el caso de venta de un inmueble ganancial, el asentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, incluso posterior, y ser inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la ausencia de fraude o perjuicio. En la misma línea la STS de 24 de mayo de 1995 reitera la anterior doctrina y añade que vale incluso la pasividad o no oposición de la mujer a la enajenación, conociendo la misma, e incluso el silencio puede ser revelador de consentimiento, doctrina que se reitera en la STS de 13 de julio de 1995. En el caso concreto, desde la fecha de la firma del contrato de venta, 18 de agosto de 1995, hasta finales de mayo de 2003, han pasado más de siete años, mucho tiempo sin que la esposa haya manifestado ni la mínima oposición.

Prueba pericial. Valoración. Inexistencia de causa de recusación.—Señala la jurisprudencia que al no existir reglas generales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido, no sirviendo a estos efectos los ya derogados artículos 1242 y 1243 CC, ni el 632 LEC 1881. En consecuencia, no cabe invocar error de derecho pues la prueba pericial es de libre apreciación según doctrina muy reiterada. El resultado de la misma ha de ser apreciado por el juzgador según las reglas de la sana crítica que como módulo establece el artículo 632 LEC 1881, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (SSTS de 13 de febrero de 1990, 29 de enero y 25 de noviembre de 1991 y 11 de octubre de 1994). El perito nombrado por insaculación no consta que haya prestado

servicios a la otra parte en pleito alguno, ni que sea dependiente o socio del mismo, por lo cual no concurre ninguna causa de recusación. (STS de 15 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Hace tiempo que alerté de la posible degradación jurisprudencial de la exigencia legal del asentimiento del otro cónyuge al acto dispositivo realizado por el enajenante, facilitada por la continuidad de la doctrina recaída a propósito del derogado artículo 1413 CC (García Cantero, en Castán: *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, 10.ª ed. [Madrid, 1994], p. 514). En el presente caso la sentencia lo deduce presuntamente por el transcurso de más de siete años de la enajenación guardando silencio la esposa. En parecido sentido a lo aquí defendido se expresa Rams: *La sociedad de gananciales* (Madrid, 1992), p. 284, al decir que el puro silencio e incluso el no ejercicio de la acción de nulidad *ex* artículo 1322 CC no deben revestirse de consentimiento tácito cuando hay vías específicas para obtener la manifestación del cónyuge sobre un negocio proyectado o incluso sobre el realizado. Pero esta opinión no se recoge de modo expreso en la revisión y puesta al día de Lacruz *et alii*: *Elementos*, IV ed., del 2002, p. 237, sentencia en donde se recuerda que la prestación o negativa del consentimiento constituye cumplimiento de una obligación de cada esposo de cooperar a la gestión de la sociedad legal y se admite que el asentimiento pueda ser «tácito o implícito». (G. G. C.)

74. Sociedad de gananciales. Enajenación de inmuebles. Doctrina general sobre el consentimiento uxorio.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la venta de un bien inmueble ganancial por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del cónyuge que no concurrió a prestar el consentimiento o de sus herederos, no a instancia del que vendió, ni de la persona que con él contrató, por lo que si tal acción de anulabilidad no se ejercita, el contrato es plenamente válido y vinculante para los que lo concertaron. El consentimiento de uno de los cónyuges cuando concurre el expreso del otro puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquiescencia y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos; puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también deferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderar la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude; incluso el silencio puede ser, en estos casos, revelador de consentimiento. Además la determinación del consentimiento tácitamente manifestado es cuestión de hecho. (STS de 2 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Coincide con la doctrina recaída en la STS de 15 de julio de 2003, publicada en este fascículo del ADC, y a cuyas observaciones remito. (G. G. C.)

75. Sociedad de gananciales. Embargo por deudas privativas del marido derivada de responsabilidad criminal. El cónyuge no deudor no es tercero. Carece de legitimación para interponer la tercería.—Hay un cuerpo de ju-

risprudencia, pacífica y concorde, formada por numerosas sentencias de esta Sala, según el cual durante el matrimonio el consorcio conyugal no da nacimiento a una forma de copropiedad romana, al faltar por completo el concepto de parte, por lo que en tanto la sociedad conyugal no se disuelva y liquide, a ninguno de los cónyuges corresponde la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, sino únicamente un derecho expectante que no le legitima para entablar la tercería de dominio; doctrina recogida por las SSTs de 8 de febrero de 2001 y 31 de mayo de 2002 y las en aquéllas citadas. En el presente caso la tercerista tuvo conocimiento del embargo de la vivienda familiar, y no ejercitó, ni entonces, ni al acordarse la subasta de la misma, la facultad que le confiere el artículo 1373 CC, limitándose a solicitar el alzamiento de la traba a través de su tercería.

Incongruencia.—La sentencia impugnada de la Audiencia Provincial ordenó que el embargo trabado sobre la vivienda familiar de la promoviente fuese sustituido por la parte que su esposo ostentaba en la sociedad de gananciales, y ello pese a no haberlo aquélla solicitado en su demanda de tercería de dominio, privando al acreedor recurrente de establecer el necesario debate sobre el particular, generándose evidente indefensión. (STS de 17 de junio de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La cuantía de la responsabilidad civil por un delito continuado de falsificación y apropiación indebida, en que había incurrido el marido, se aproxima a los diecisiete millones de pesetas, por lo que resalta el escaso acierto de la dirección letrada de la esposa al interponer exclusivamente una tercería de dominio solicitando el alzamiento del embargo. Es sabido que la interpretación doctrinal y jurisprudencial del, en su momento, novedoso artículo 1373 CC ha originado amplio debate (básica es la monografía de Ragel: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge* [Madrid, 1987]; amplio elenco de opiniones recogido en Castán Tobeñas: *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, 12.ª ed. [Madrid, 1994], p. 483, nota 1). Frente a la doctrina jurisprudencial aquí sentada (Ponente señor Ronero Lorenzo), Ragel: *op. cit.*, pp. 252 ss., sostiene que el cónyuge del deudor no es parte en el proceso de ejecución, y, por lo tanto, tiene que ser tercero o equiparable a tercero, infringiéndose, en otro caso, el artículo 24.1 CE. El nuevo artículo 541.3 LEC 2000 es saludado por Rams como precepto defensor de los intereses del cónyuge no deudor (en Lacruz *et alii*: *Elementos*, IV ed., 2002, p. 226); pero no parece aplicable al caso actual, ya que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dictó en 1994 y la de la Audiencia Provincial en 1997. La situación parece bastante desfavorable y perjudicial para la esposa en este caso, si se tiene en cuenta que la doctrina entiende que la enajenación forzosa de los bienes comunes viene a ser como un anticipo a cuenta de la futura adjudicación (así Ragel: *op. cit.*, p. 248), y puede ocurrir que el único bien ganancial valioso sea la vivienda común. (G. G. C.)

76. Sociedad de gananciales. Deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio. Tercería de dominio. No liquidada la sociedad, la esposa no es tercero para ejercitar tercería.—La actividad del esposo ejerciendo el comercio como Presidente del Consejo de Administración y Consejero-Delegado de la empresa vincula la sociedad de gananciales, incluso

cuando realiza el acto mercantil de afianzar personalmente a dicha sociedad. Es doctrina jurisprudencial que, conforme a los artículos 6 y 7 CCO los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo cada uno de los esposos, lo que determina concretar que no corresponde a la esposa recurrente la condición de tercerista, ya que como dicen las SSTS de 19 de julio de 1989, 12 de junio de 1990, 4 de marzo de 1994 y 26 de junio de 1997, entre otras, sólo se le atribuye un derecho expectante, en tanto no se resuelva y liquide la sociedad ganancial, y dicho derecho no le legitima para entablar tercería de dominio (SSTS de 30 de diciembre de 1999 y 1 de septiembre de 2000). En el presente caso la Audiencia Provincial aplicó correctamente la presunción del artículo 7 CCO, pues no ofrece duda que la esposa conocía el ejercicio del comercio por su esposo, en que se incardina la constitución de la fianza, sin que conste su oposición expresa. No resulta relevante que cuando se concertó el préstamo afianzado ya se habían dictado medidas provisionales en procedimiento de separación provisional, ya que la sentencia de divorcio se pronunció casi tres años más tarde. (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Véanse las observaciones a la STS de 17 de junio de 2003 en este fascículo del ADC. (G. G. C.)

77. Unión *more uxorio*. Extinción por muerte del varón conviviente. Indemnización otorgada a la mujer superviviente por enriquecimiento injusto.—Las circunstancias específicas del supuesto de autos revelan que doña J. durante los cincuenta y tres años de convivencia con don J. M.^a se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. La sentencia de instancia niega la existencia de base adecuada para sentar la concurrencia de una comunidad de bienes o de una sociedad irregular, y tal conclusión es aceptada por la parte recurrente y deviene incólume para este Tribunal, pero por contrario a lo que en dicha resolución se razona, no cabe negar que de la composición fáctica expresada se desprenda una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa («base») que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento se produce no sólo cuando hay un aumento de patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa —como sostiene un importante sector doctrinal— que un concepto

válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando a favor de un sujeto concreto una acción de restitución, constituye un postulado de justicia insoslayable. La comunidad de vida o el haber gozado de una consideración social o material equiparada a la de su compañero no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del varón conviviente, que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada.

Fijación del *quantum indemnizatorio*.—Dadas las circunstancias concurrentes resulta natural que no haya datos exactos para fijar la cuantía del enriquecimiento producido, pero ello no puede obstar a la aplicación de esta doctrina que constituye un principio general de derecho, mediante una apreciación ponderada de aquéllas por el Tribunal. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fija la indemnización a percibir por la actora en un porcentaje del 75% de todos los bienes de que era propietario el fallecido don J. M.^a, con excepción de los inmuebles radicados en su localidad de origen, Guardo (Palencia). Este Tribunal en funciones de instancia entiende que tal solución rebasa los términos reales del supuesto enjuiciado, por lo que, aun teniendo en cuenta la duración de la convivencia (53 años), modulando la ventaja producida y la afectación sufrida se considera que la indemnización debe ser fijada en la cuarta parte de todos los bienes de que era propietario el fallecido, sin incluir los inmuebles radicados en la provincia de Palencia; se le atribuye a la actora la cantidad que tiene percibida de cuatro millones, el derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común, con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar del fallecido, y el derecho a la utilización vitalicia de la vivienda familiar. (STS de 17 de junio de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Resolución de la Sala 1.^a ecuaníme y ponderada, cuyo Ponente ha sido el señor Corbal Fernández, que ha acertado, sin duda, a encuadrar debidamente los hechos, describiendo el marco legislativo existente al tiempo de dictarse, y recogiendo selectivamente la jurisprudencia de la Sala 1.^a más apropiada. Doña J., nacida en 1921, estuvo casada con don J., desaparecido en 1938 con ocasión de la Guerra Civil, de cuya unión nació un hijo. En 1940 inició una relación extramatrimonial con don J. M.^a, cuyo estado civil se omite, de profesión médico y farmacéutico, instalándose la pareja en Barcelona, falleciendo éste abintestato el 23 de agosto de 1993. Una hermana del fallecido obtiene la declaración de heredera en su favor, y fallecida durante la tramitación del pleito le sustituye procesalmente su hija (sobrina, por tanto, del premuerto). La demanda de la mujer conviviente invoca el artículo 1902 y reclama los daños y perjuicios que le han sido originados en la larga convivencia, y, alternativamente, una pensión compensatoria por analogía con el artículo 97 CC para permitirle el mismo nivel de

vida de que gozaba en vida del causante, y, además, la adjudicación en propiedad del domicilio común. El Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona estimó la demanda y en concepto de indemnización le concedió el 75% de los bienes reclamados, con excepción de los radicados en Palencia. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y absuelve de la demanda, imponiendo las costas de primera instancia a la actora por su temeridad. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación con base en la extractada doctrina del enriquecimiento injusto y no confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Todavía quedan secuelas de nuestra Guerra Civil, y casos como el actual se presentan de vez en cuando. Terminada la contienda una joven mujer casada, con un hijo menor, nada sabe de su marido, desaparecido en campaña, o en la retaguardia, y decide rehacer su vida (no se sabe si el hijo menor de edad convivió también en el nuevo hogar, lo que es verosímil). El conviviente, por su parte, disfruta de una vida desahogada, pues es director de los Servicios Médicos de «SEAT» y dueño de una oficina de farmacia en la Ciudad Condal. El futuro económico inmediato de doña J. parece asegurado. Nótese que ambos convivientes hicieron poco para formalizar su situación matrimonial; pudieron acudir a la declaración de ausencia o de fallecimiento, y por la vía de la *permissio transitus ad alias nuptias* canónica, contraer matrimonio de esta clase; o, a partir de 1981, obtener una sentencia de divorcio. Por otro lado, la opción elegida por la mujer fue la de «ama de casa», sin preocuparse de su futuro (adquirir, en su caso, una capacitación profesional o desempeñar un puesto laboral). Tampoco se dice nada de la vecindad civil que ostenta la pareja: don J. M.ª es palentino de origen, aunque instalado en Barcelona, sin que conste la vecindad de doña J.; pertenece, sin duda, al grupo de *els altres catalans* que adquieren por residencia decenal la vecindad catalana. En todo caso, aquél fallece antes de entrar en vigor la Ley de 15 de julio de 1998 sobre uniones estables de pareja. El lado emotivo deriva de que la sentencia firme se pronuncia pocos meses antes de cumplir doña Josefa los 82 años, y de que parece haber algún acuerdo entre ésta y la hermana del premuerto para no reclamar bienes que pueden calificarse «de linaje» y que están sitos en su lugar natal, y quedarán para sus parientes colaterales; por otro lado ésta reconoce como legítimo el cobro de un cheque que excede de cuatro millones de pesetas por parte de la mujer conviviente, y un derecho de habitación sobre la vivienda habitual.

Adviértase que el varón pudo haber testado íntegramente a favor de la mujer al carecer de herederos forzosos, y no lo hizo pese a la larga vida en común. Con acierto dice el FD 2.º que «el supuesto litigioso gira en torno a las consecuencias económicas negativas que se producen para uno de los miembros de la pareja como consecuencia de una unión *more uxorio*, con la particularidad en el caso de tener lugar la extinción por fallecimiento, y que la sobreviviente dedicó su vida al cuidado de su compañero, cuya herencia es recibida abintestato por un pariente colateral». Podía haber añadido que los convivientes no hicieron lo posible para

contraer matrimonio legal, al menos desde 1981, no constando ninguna gestión en tal sentido, y que tampoco se propuso el varón beneficiar *mortis causa* a su compañera al amparo del derecho común. Se acota el *thema decidendi* al añadir que «la conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, y entre ellos el de la extinción». No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la propia actora, sino únicamente al enriquecimiento producido en el patrimonio del premuerto que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo y en absoluto compensada. ¿Significa ello que la heredera de don J. M.^a puede reclamar, a su vez, un posible enriquecimiento experimentado por la convivencia en el patrimonio de doña J.?

Se rechaza rotundamente la eventual aplicación del artículo 1902 cuyos requisitos no se cumplen al ser preciso un hecho ilícito como generante del daño, así como la aplicación analógica del artículo 97 CC que sólo cabe contemplar en situaciones de ruptura unilateral de la unión. Se invocan las SSTs de 11 de diciembre de 1992, 27 de marzo de 2001 y 17 de enero de 2003, que han aplicado el enriquecimiento injusto. Aunque no se deja de reconocer prudentemente que una excesiva generalización de esta doctrina puede crear riesgos para la seguridad jurídica. En definitiva, una solución *ad casum* que parece satisfacer las exigencias de la equidad, moderada a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio (¿inspirada, acaso, en la cuarta viudal catalana del artículo 380 del Código catalán de sucesiones?); solución que quizá llegue algo tarde, pues recae diez años después de haber fallecido el conviviente. (G. G. C.)

78. Unión de hecho. Ruptura de la convivencia. Atribución a la madre de la guarda de la hija común. Prueba. Interés prevalente del menor.—La prueba de confesión fue valorada en el conjunto de las pruebas practicadas, de modo que su valor probatorio, dada la índole del juramento indicioso con que se practicó, no la convierte en prueba plena vinculante; además la cuestión litigiosa se basó esencialmente en el resultado de la prueba pericial psicológica practicada en segunda instancia para mejor proveer. No se olvide que el asunto litigioso versa sobre la atribución de la guarda y custodia de una menor a uno de sus progenitores, los cuales constituyen pareja de hecho conviviente al *more uxorio*, en cuya resolución, como asimismo en casos matrimoniales, la pauta de referencia tiene que ser necesariamente el interés prevalente del menor.

No hay discriminación por razón de sexo. Aplicación analógica del artículo 92 CC.—El padre privado de la guarda cita como infringido el artículo 14 CE, y el artículo 92 CC; en cuanto al primero no se ha producido discriminación por razón de sexo por el hecho de atribuir a la madre la guarda, y en cuanto a la cita del segundo es de observar que se hace sin expresión del párrafo pertinente, lo que debe rechazarse porque se trata de norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad respec-

to de los hijos; arbitrio judicial no revisable en casación salvo que aparezca manifiestamente carente de fundamento o se muestre como absurdo e ilógico, extremos sobre los que el recurso no ha razonado convincentemente. En cambio la sentencia recurrida razona acerca del resultado de la prueba practicada, deduciendo que la niña tiene un desarrollo y evolución normales y que la madre se ha ocupado siempre de ella con el cuidado y diligencia exigibles; entiendo, finalmente, que la menor a quien necesita a su lado es a su madre, debido a su corta edad, sin perjuicio de que se fije un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones para mantener habituales relaciones con su padre y sus abuelos paternos. (STS de 9 de junio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia hizo los siguientes pronunciamientos: *a)* El cese efectivo de la convivencia entre las partes, y, por tanto, la separación de hecho entre los mismos con efecto en la escasa normativa que contempla la realidad de las parejas *more uxorio*. *b)* La disolución de la comunidad de bienes que pudieran constituir, revocando los poderes expresos o tácitos que pudieran tener en cuanto a la administración de los bienes en común de la pareja. *c)* La hija habida de la relación quedará bajo la guarda y custodia de la madre, que compartirá con el padre la patria potestad. *d)* El padre tendrá derecho de visita y a permanecer con su hija bajo el régimen que se establece.

El mimetismo entre la convivencia *more uxorio* y el matrimonio parece justificar los apartados *a)* y *b)* de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que resultan realmente innecesarios, pues la única cuestión debatida es la guarda de la hija común. Tal mimetismo conduce a invocar como norma aplicable el artículo 92 CC relativo a las causas de separación, nulidad y divorcio, con olvido de los artículos 156 y 159 CC, especialmente el párrafo final del primero, que ofrecen, a mi juicio, mayores posibilidades a los progenitores para modalizar el ejercicio de la patria potestad. Adviértase, por lo demás, que en la sentencia se establece la patria potestad compartida entre ambos progenitores. (G. G. C.)

79. Convivencia *more uxorio*. Atribución de la guarda y custodia de la menor al padre.—La prueba practicada revela que la recurrente, por su situación laboral y emocional, no es la más apropiada para ocuparse de su hija, así como que no responde adecuadamente para cumplir la función que supone la custodia de la misma, careciendo de justificación los retrasos reiterados en el inicio de la jornada escolar, que han provocado avisos del centro por tener una incidencia negativa en la evolución educacional de la niña, habiéndosela requerido en diferentes ocasiones para que enmendase esta conducta. Aun reconociendo las dificultades que puedan presentarse en la adaptación de la niña a convivir y ser custodiada por el padre, el Tribunal de Instancia así lo decidió, lo que esta Sala comparte, por tener de esta manera cubiertas en mayor medida las necesidades, tanto físicas y materiales como de índole moral, sin que ello suponga que se proceda a cortar radicalmente el contacto con la madre, que indudablemente complementará y contribuirá al mayor equilibrio emotivo y sentimental de la menor, pues una madre es difícil de suplantar y siempre está y debe estar en las proximidades del vivir existencial de los hijos, aunque no convivan juntos y sin perjuicio de que en el futuro, cuando a la

menor le asista la capacidad legal necesaria, pueda decidir con quién de los progenitores quiere convivir. En estos supuestos a lo que ha de atenderse es al mayor beneficio del menor, al que en los casos de crisis y separación de sus padres, se les coloca en una posición difícil de optar por uno u otro, por lo que, a falta de acuerdo común, la Ley traspasa al Juez la siempre difícil solución de decidir cual de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia (art. 159). En este caso la decisión del Tribunal de Instancia resulta la correcta, y conforme al *factum* declarado probado y demás circunstancias concurrentes, ya que el *favor filii* es el que tiene que presidir las relaciones con los padres, y como dice la STS de 27 de marzo de 2001, es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores. (STS de 9 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La niña nace en el seno de una pareja no casada el 22 de diciembre de 1990. Parece que la convivencia se rompe en algún momento posterior y en 1996 el padre solicita se le conceda la custodia de la menor, la cual ha de presumirse que ha vivido, hasta entonces, con su madre. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, aceptando la reconvencción ejercitada por la madre (con los anexos de imponer una pensión de alimentos a cargo del padre y permitir a aquélla el uso de la vivienda común); la menor al cumplir ocho años cambia su situación legal respecto de la madre en cuanto a la guarda (ha sido advertida de reiterados retrasos al llevar a su hija al centro docente), así la Audiencia Provincial estima la apelación y atribuye al padre la custodia de la menor. Al interponer la madre recurso de casación se supone que la situación fáctica de la menor no se ha alterado en relación con su madre, de modo que sólo con la sentencia del Tribunal Supremo en el 2003 podrá hacerse efectiva la sentencia que atribuye la guarda paterna. Mientras tanto la hija va a cumplir trece años y la sentencia extractada, al tiempo que pondera la dificultad de solucionar estos litigios, hace hermosas consideraciones sobre la insustituible función materna. ¿Subsistirán ahora las causas por las que en 1998 se privó de la guarda a la madre? El transcurso de siete años desde que el padre reclamó la guarda de su hija hace, a mi juicio, casi irrelevante cualquier invocación del *bonum filii*, sustituido prácticamente por la regla del *primus possidens*, que suele ser la madre. En este caso, de hecho ha sido ésta la que, para bien o para mal de la menor, ha educado y formado decisivamente a su hija, pese a que el padre desde 1998 tenía una resolución judicial en su favor. En ciertos problemas de relaciones padres-hijos nuestro sistema de recursos parece que no está sirviendo adecuadamente a la justicia material. (G. G. C.)

80. Filiación matrimonial. Impugnación por el marido de la presunción *pater is est*. Caducidad de la acción.—La inscripción registral de la filiación matrimonial, amparada en la presunción legal del artículo 116 CC, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnatoria del artículo 136, acción ésta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil—, plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales, y

por ello la sentencia recurrida estimó sobradamente transcurrido el plazo en cuestión al momento de entablarse la demanda debido a que el hijo menor tenía cinco años y dieciséis la hija mayor, habiendo sido inscritos ambos en el Registro Civil desde su nacimiento.

Negativa de la madre a someterse a las pruebas biológicas.—Es prácticamente unánime la doctrina jurisprudencial en el sentido de no considerarla como *ficta confessio* sino un indicio valioso que, conjuntamente con otros elementos probatorios puedan conducir a estimar la demanda; en el presente caso tales elementos probatorios no se han dado, ya que las supuestas situaciones de infidelidad no se han comprobado; además no es posible olvidar que el plazo de ejercicio de la acción de impugnación había ya caducado, lo que impediría, en todo caso, cualquier otro planteamiento, y esto así descarta las alegadas infracciones acerca de una interpretación errónea del artículo 127 CC, en relación con los artículos 39.2 y 53.3 CE, y de una inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la negativa al sometimiento de pruebas biológicas. (STS de 26 de junio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La impugnación del marido ha sido rechazada en ambas instancias y el recurso de casación se desestima igualmente con base en la doctrina extractada (Ponente Sierra Gil de la Cuesta). Parece que se trata de un matrimonio en el que nacen varios hijos, y durante un largo tiempo viven los cónyuges armónica y pacíficamente. A los dieciséis años de nacer la primera hija el marido impugna su legitimidad, oponiéndose su esposa por haber caducado la acción, negándose, además, a realizar la prueba biológica. La sentencia plantea algunas cuestiones de interés. No parece haber duda sobre el *dies a quo* de la acción impugnatoria pues la inscripción de la hija se realiza coetáneamente al nacimiento «a ciencia y paciencia del marido». En cambio ofrece alguna novedad el rechazo de la esposa a realizar la prueba biológica. Inicialmente la sentencia razona sobre la base de la doctrina constante de no constituir tal negativa una *ficta confessio*, pero a renglón seguido establece que tal alegación es irrelevante si la acción ha caducado. Imaginemos que, en este caso, la prueba, no constante, se realiza y arroja el resultado desfavorable para la mujer de no ser el marido el progenitor de la menor, pese a lo cual la sentencia estima la caducidad de la acción. Se producirá evidentemente una excepción al principio de veracidad biológica en la filiación matrimonial. Pero si la acción se hubiera ejercitado dentro del plazo anual la esposa hubiera corrido el riesgo de que el Tribunal atribuyera valor a determinados indicios, no concurrentes en este caso (por ejemplo, prueba testifical sobre la notoriedad de ciertos hechos en la localidad), viéndose abocado a estimar en consecuencia la acción impugnatoria. (G. G. C.)

81. Filiación no matrimonial. Reclamación de la paternidad. Defectos formales de la demanda.—La demanda reúne los requisitos precisos que exige el artículo 524 LEC 1881, pues con absoluta claridad ejercita la acción de reclamación de filiación y perfectamente se identifica al demandado y al menor, cuya certificación de nacimiento se aporta con la demanda, quedando en el suplico fijado con claridad y precisión lo que se pide y contra quien se propone; además esta excepción fue resuelta y rechazada por el

Juez de Primera Instancia en la comparencia previa del menor cuantía, sin que el demandado hiciera protesta en aquel acto, ni posteriormente.

Legitimación activa.—La madre ejercita la acción claramente en interés de su hijo menor de edad de quien es representante legal; en la demanda ninguna petición es para sí, sino que la acción es relativa exclusivamente al hijo, en la investigación de la paternidad que proclama como principio rector el artículo 39.2, último inciso, CE. Un órgano jurisdiccional no podría llegar al exagerado, *ad absurdum*, formalismo de rechazar la legitimación activa por no haber empleado la madre demandante la fórmula sacramental de decir explícitamente que obra «en nombre y representación del hijo», habiendo declarado a mayor abundamiento la STS de 21 de abril de 1988 que si a la madre no casada se le negase el derecho a que se reconozca la paternidad de un hijo por motivos de extremado formalismo, se quebrantaría el artículo 24.1 CE.

Admisión de documentos complementarios en período de prueba.—Los documentos que son simplemente complementarios, cuya aportación se admite fuera de la demanda, no producen indefensión y no dan lugar a una sanción tan fuerte como es la casación de la demanda. En este sentido las SSTs de 16 de noviembre de 2001 y 6 de febrero de 2003 dicen que la jurisprudencia de esta Sala viene distinguiendo entre documentos básicos de la pretensión y que fundamentan la causa de pedir y aquellos otros complementarios que tienen la finalidad de integrar el proceso probatorio, e incluso cabe también comprender aquellos que subsanan, completan y aclaran un documento aportado con la demanda y que tiene existencia real; sólo respecto de los primeros es de aplicación el rigorismo de los artículos 503, 504 y 506 LEC 1881; para los segundos, según doctrina jurisprudencial reiterada, rige el principio de que procede su aportación posterior durante la tramitación del pleito (SSTS de 16 de julio de 1991, 24 de julio de 1996, 14 de diciembre de 1998 y 5 de febrero de 2001).

Negativa a la prueba biológica. Estimación de la demanda en base a pruebas indiciarias.—La STS del 20 de septiembre de 2002 resume la doctrina constitucional y la de esta Sala, conforme a la cual la negativa a la prueba biológica, puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí sola la paternidad, permite la declaración de la misma, como en el presente caso han resuelto de modo concorde las sentencias de instancia declarando la paternidad del demandado. (STS de 27 de junio de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

82. Filiación no matrimonial. Reclamación de paternidad. Negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas. Doctrina del Tribunal Constitucional.—La STC de 31 de mayo de 1999 hizo la siguiente síntesis de su doctrina: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 CC que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual ‘la ley posibilitará la investigación de la paternidad’, autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen ‘la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación’ (art. 39.2 CE) y la obli-

gación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio (art. 39.3 CE). Por ello cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado. Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que, en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE. Por tales razones este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135 *in fine* CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE».

Doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.—En cuanto a la jurisprudencia de esta Sala, la STS de 28 de marzo de 2000 destacó cómo su doctrina más reciente se decanta por aumentar cada vez más el valor probatorio de la negativa injustificada del demandado a colaborar en la práctica de la prueba biológica; en la misma línea ha profundizado la STS de 20 de septiembre de 2002, subrayando la obligación de las partes de facilitar la prueba biológica acordada por el órgano jurisdiccional porque de no hacerlo vulnerarían los artículos 24.1, 14, 39 y 118 CE al causar indefensión a la parte demandante, provocar una inadmisibles discriminación por razón de la filiación, quebrantar la protección integral de los hijos y negar una colaboración requerida por el órgano judicial; y como colofón de su razonamiento esta misma sentencia concluye: «Así, en definitiva, si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama la filiación».

Prueba.—En el presente caso con la demanda se aportan unas fotografías que se probó habían sido tomadas en el dormitorio de la casa de la madre, lo

que sin poseer un valor determinante, se consideran demostrativas de una cierta confianza o familiaridad entre la madre y el demandado, apreciación que en modo alguno cabe tachar de ilógica, y justificaban suficientemente la admisión de la prueba biológica y la consiguiente colaboración del demandado en su práctica; asimismo una carta de la madre dirigida al demandado animándole a que conociera a su hijo y que fue rehusada; ninguna duda cabe de que, acordada la práctica de la prueba biológica tanto en primera como en segunda instancia, el hoy recurrente tenía que haber colaborado en su práctica, y al no haberlo hecho, tiene que soportar la falta de la prueba decisiva o determinante. (STS de 1 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Falta una estadística sobre el porcentaje de las demandas presentadas ante los tribunales españoles que fracasan en el propósito de reclamar una filiación no matrimonial, aunque no es arriesgado aventurar que, en los últimos años, es ínfimo. Jurisprudencialmente se viene a presumir el éxito de cualquier reclamación, y así en la cita que se hace de la STS de 20 de septiembre de 2002 ya no sorprende que la doctrina jurisprudencial resumida no contemple supuestos de denegación de la acción, aunque la prueba practicada en el proceso sea endeble. En el presente caso no se explican las circunstancias y datos que resultan de la fotografía tomada en la habitación de la madre, al parecer en compañía del presunto padre; podían haber sido esclarecedores, pero en la sentencia se omiten. El otro indicio (carta de la madre en que invita a conocer a «su hija») es una modalidad de la prueba que se pretende preconstituir, y que por sí sola carece de todo valor, ni siquiera de indicio. Anteriormente cfr. mis observaciones a la STS de 27 de diciembre de 2002 que apoya la estimación de la demanda en la «verosimilitud de las relaciones sexuales» (ADC, 2003, pp. 385 ss.). (G. G. C.)

83. Filiación fuera de matrimonio. Reclamación de paternidad.

Principio de prueba.—Esta Sala tiene declarado reiteradamente que la exigencia del artículo 127, párrafo 2.º, CC sólo establece un filtro para impedir las demandas absolutamente infundadas o caprichosas, y no impide admitir aquellas en que haya un principio de prueba, como la declaración, bien que unilateral y no sujeta a contradicción por efectuarse extrajudicialmente, de dos personas aptas para declarar (por todas, STS de 28 de abril de 1994), como también la que ha de hacerse una interpretación «espiritualizada» del referido precepto, en el sentido de que basta con que en la demanda se incluya la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad del escrito inicial, pues el requisito procesal de esta norma constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE, y en este caso se aportó dicho principio de prueba consistente en el acta notarial de manifestación, y se han practicado pruebas propuestas por las partes, por lo que no se ha producido la infracción de aquel precepto.

Prueba testifical fuera de plazo.—Sólo se consumaría la conculcación denunciada cuando el fallo se hubiera apoyado exclusivamente en la prueba efectuada fuera de término, pero no si se fundamenta, como en este caso, en todas las que fueron practicadas; además, los dos testimonios se acordaron

dentro del periodo legal y para su efectividad fue remitido exhorto a los Juzgados de Madrid, que se cumplimentó dos días antes de la finalización del ciclo legal, sin que, incorporadas estas actuaciones al procedimiento, se impugnaran expresa y formalmente por el recurrente en su apelación, de manera que esta temática constituye cuestión nueva no susceptible de conocimiento en casación, a lo cual corresponde añadir que como no se causó indefensión material, la irregularidad, de existir, no vulnera derechos fundamentales, que en este juicio lo constituye el derecho del hijo a conocer a su padre.

Tacha de los testigos con interés en el pleito.—El recurrente confunde la inhabilidad determinada en el artículo 1247.1 CC, respecto de los que tienen interés directo en el pleito, con la tacha de los testigos precisada en la causa tercera del artículo 660 LEC 1881, que ni siquiera fue utilizada, y olvida que, aun con la existencia de dicho interés, el testimonio es válido, amén de que eleva a cuestión casacional la valoración de la prueba testifical realizada por la Audiencia, respecto de la cual es soberano el juzgador de instancia.

Relaciones amorosas entre la madre y el supuesto padre. Negativa a la prueba biológica.—La sentencia recurrida ha declarado la paternidad del demandado con base en el hecho que considera probado, y ha de ser incólume en casación, de la existencia de unas relaciones amorosas entre las partes al tiempo de la concepción del menor, unido a la injustificada negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, cuya negativa, según reiterada doctrina jurisprudencial, si bien no puede, por sí sola, ser considerada como una *ficta confessio*, sí constituye un valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concorra con otras pruebas que conduzcan al juzgador a declarar la existencia de unas relaciones sentimentales entre los litigantes, y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, en cuanto factiblemente determinantes de la paternidad declarada; la conclusión probatoria de la existencia de relaciones amorosas, determinantes de las subsiguientes relaciones sexuales, fue obtenida a través de la valoración de pruebas testimoniales directas obrantes en el proceso, lo cual, unido a esa injustificada negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, hace llegar a la correcta conclusión de considerar probada la paternidad del demandado.

Obligación de colaborar con los Tribunales.—Procede además traer a colación la doctrina constitucional que hace suya esta Sala 1.ª según la cual cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

Pensión de alimentos a cargo del padre. Fijación en ejecución de sentencia. Incongruencia.—La resolución del Juzgado, ratificada por la de la Audiencia, ha dejado la fijación cuantitativa de la pensión de alimentos a la fase de ejecución de sentencia con fundamento en la propia naturaleza de la obligación alimenticia y la falta de datos demostrativos suficientes para su determinación, y aunque no haya precisado para entonces el límite de 75.000 pesetas mensuales fijado en la demanda, es preciso recordar que la doctrina jurisprudencial mantiene un criterio flexible en la aplicación de la doctrina de la congruencia, y esta Sala ha declarado que no se precisa necesariamente una exactitud literal y rígida entre el fallo de las sentencias y las pretensiones deducidas, sino que basta que se dé racionalidad, lógica jurídica necesaria y adecuación sustancial, lo que faculta la flexibilidad; no se infringe el principio de congruencia en aquellos casos en que el suplico y el fallo no son literalmente iguales, siempre que res-

pondan a una unidad conceptual y lógica y no se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal. (STS de 7 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Puede considerarse clásico el supuesto que sirve de base a esta acción de reclamación de paternidad no matrimonial, a saber el embarazo subsiguiente a lo que antes se denominaban «relaciones de noviazgo». Antes de la reforma de la filiación en 1981 los Tribunales penales se mostraban proclives a condenar por el delito de estupro, precisamente en tal hipótesis, cuyas consecuencias civiles acarrearán el reconocimiento forzoso y la fijación de una pensión de alimentos. Hoy la libre investigación de la paternidad evita el trámite penal, que era bastante condicionado en sus presupuestos. En este caso las relaciones amorosas se interrumpen cuando el varón conoce que la mujer ha quedado embarazada. Sorprende el retraso en ejercitar la acción de reclamación, pues el hijo nace el 4 de septiembre de 1979 y la demanda se interpone en 1993, dictándose sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en 1997 al llegar la mayoría de edad de aquél, siendo estimatoria de la demanda, lo mismo que la sentencia de la Audiencia Provincial. La sentencia firme recae poco antes de cumplir 24 años el hijo no matrimonial. Otro ejemplo palmario de justicia tardía.

La doctrina jurisprudencial sobre el artículo 127, párrafo 2.º, sigue siendo plenamente aplicable bajo la vigencia del nuevo artículo 767.2 LEC 2000, habiendo recaído abundante jurisprudencia; la STS de 1 de febrero de 2002, en una hipótesis muy singular, no consideró cumplido el requisito (extractada en *ADC* 20003, pp. 946 ss., con observaciones más); la STS de 13 de junio de 2002 reitera la interpretación espiritualista del precepto por ser sólo un filtro para impedir demandas completamente infundadas (extractada en *ADC*, 2003, pp. 1012 ss.).

En este caso, habiendo señalado la actora en su demanda la cuantía de la pensión alimenticia parece evidente que en ejecución de sentencia no se podrá superar tal cuantía, por más que la sentencia extractada subraye, innecesariamente, que no se da incongruencia. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

84. Bienes colacionables.—La obligación de colacionar queda limitada a los bienes recibidos por dote, donación u otro título lucrativo y no alcanza a los adquiridos del causante por título oneroso en contrato válido y eficaz. El contrato de compraventa es oneroso y, para impugnarlo, hay que acudir a la vía de la nulidad.

Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia y tal criterio prevalece, a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda, o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos, pero sin que pueda pretenderse sustituir la interpretación rechazada por el criterio del recurrente.

Efectividad del legado.—Para desarrollar este motivo, el Tribunal Supremo hace uso de su jurisprudencia (SSTS de 25 de mayo de 1992, 19

de mayo de 1947 y 29 de mayo de 1963). De acuerdo con el artículo 882 CC, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, aunque el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado (art. 885 CC). Asimismo, la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el artículo 882.

La RDGRN de 25 de septiembre de 1987 señaló que tratándose de una herencia a la que están llamadas diferentes personas, no puede uno solo de los llamados, sin constarle la renuncia de los demás, hacer entrega del legado de cosa específica, pues no sólo él, sino todos los herederos están grabados con el legado, y sin el consentimiento de las personas gravadas no podrá el legatario tomar posesión de la cosa o derechos legados por su propia autoridad.

Prueba de las presunciones.—No hay necesidad de acudir a la prueba de presunciones si existen otras pruebas directas.

Alcance del recurso de casación.—No cabe alegar cuestiones nuevas; éstas no examinables en casación, pues debieron ser propuestas en el periodo de alegaciones. En otro caso, afectarían al derecho de defensa e irían contra los principios de audiencia bilateral y congruencia (SSTS de 28 de noviembre de 1995, 4 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, entre otras). (STS de 21 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras el fallecimiento de los cónyuges don Basilio y doña S., sus hijos y herederos constituyeron una comunidad de bienes mediante escritura pública otorgada el 23 de diciembre de 1988. El 1 de diciembre de 1994, doña M.^a T. y doña F. presentan demanda contra doña S., doña A. y don E., todos ellos herederos de los fallecidos. Solicitan, entre otras cosas, lo siguiente: 1) La disolución de la comunidad de bienes existente entre los actores y los demandados, procediéndose a formar los correspondientes lotes, previo avalúo de todos los bienes. 2) Que a la hora de formar los lotes se tendrá en cuenta que una de las fincas se adjudicará a las tres hermanas, doña S., doña Felisa y doña M.^a T., demandada y demandantes, formando tres lotes, en los que se adjudique la vivienda del centro de dicho predio a la actora doña F. y la vivienda de la izquierda a doña M.^a T., por tener ya en su poder jurídico la demandada doña S. la tercera vivienda de dicha finca, por haberle sido entregada en vida de sus padres y causantes. 3) Que se debe adicionar y colacionar en la herencia de los causantes el valor de los bienes recibidos en vida de dichos causantes o de uno de ellos, por los herederos doña S. y don E., en cuanto a la primera, los inmuebles que constan en escritura de 26 de octubre de 1963 y el recibo de 90.000 pesos mejicanos, y en cuanto al segundo, los inmuebles documentados.

El Juzgado de Primera Instancia declara haber lugar a la disolución de la comunidad de bienes, debiendo traer a colación doña S. los 90.000 pesos mejicanos, y don E. los inmuebles que se documentaron. Por otro lado, considera que doña S. es dueña en pleno

dominio de los inmuebles que constan en la escritura de 26 de octubre de 1963.

Doña M.^a T. y doña F. interponen recurso de apelación, donde la Audiencia estima parcialmente el recurso y deja sin efecto el pronunciamiento en que se declara que doña S. es dueña de pleno dominio de los inmuebles que constan en escritura de 26 de octubre de 1963.

Dicha sentencia se recurre en casación, promovido el recurso por doña M.^a T. y doña F., alegando infracción de los artículos 1035, 1253, 1281.2 y 1282 CC, así como la jurisprudencia relativa a los legados de cosa específica y determinada, en concreto, infracción del artículo 882 CC. (*S. L. M.*)

DERECHO MERCANTIL

85. Competencia desleal. Modalidades.—La tutela primaria sancionada por la Ley de Competencia Desleal es la implícita en la conducta previa de la concurrencia ilícita por aparecer en el mercado actos del competidor con señales de aprovechamiento de lo ajeno, hasta el punto que si esto acaece, es bien claro que ha de dispensarse esa protección legal al empresario perjudicado y, de paso, asimismo, sancionar la disciplina de confusión perjudicial al consumidor que opera, pues, como un *posterius*, lo que no es sino, se insiste, partir de la significación de los vocablos inmersos en la repetida expresión de «competencia desleal». En suma, la infracción de la normativa vigente sobre competencia desleal puede ocurrir porque se atente al *prius* de la tutela, o se perjudique al empresario o por el comportamiento concurrente objetivamente contrario a la buena fe del artículo 5 LCD, o por el aprovechamiento indebido por otro, de su reputación o esfuerzo —art. 6.1 de la Ley— y, asimismo, que se atente al *posterius* de esa tutela, o sea, se perjudique al consumidor cuando a resultas de ese ilícito se le confunda con la actividad, las prestaciones o al establecimiento ajenos o sobre la procedencia de la prestación o producto consumido, y cabe que no exista esa dualidad en el daño producido tanto para el empresario como para el consumidor, y que sólo afecta o se perjudique a uno de ellos, sobre todo en el caso de concurrencia desleal o aprovechamiento del esfuerzo ajeno —tutela del empresario— y, entonces, claro es, esa conducta, asimismo, subsumible en el ilícito no puede quedar inmune.

Competencia desleal. Supuestos de legitimación.—La Ley se encarga de abarcar en su presupuesto de legitimación ambos ataques a la lealtad concurrencial, y cuando es el empresario el perjudicado, en la hipótesis del citado *prius*, pueda el interesado accionar demandando la tutela legal *ex* artículo 19.1 que dice así: «Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior», mientras que cuando se trate del *posterius*, en el ilícito, y se perjudique directamente al consumidor, su legitimación está prevista tanto individual como colectivamente, a través de las asociaciones que le representen, *ex* artículo 19.2: «Las acciones, contempladas en los núms. 1 a 4 del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: a) Las asociaciones,

corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores».

Competencia desleal. Modalidad *ab initio*: concepto y evolución legislativa.—Es evidente que hablar de «competencia desleal», *ab initio*, como así se llama la Ley, aduce a una concurrencia mercantil en el mercado, en el que se presenta la actividad de las empresas intervinientes y, que, afín con el principio constitucional de libertad de mercado —*ex art. 38 CE*— esa «competencia» o concurrencia o coparticipación ha de ser libre o sin cortapisa alguna, en el bien entendido, siempre que se respete la del otro o la de los demás, y de ahí que se hable de «desleal» o no leal, esto es, no respetuosa con los intereses de los demás, cuando el comportamiento del concurrente discurra en actos irregulares o perjudiciales para los demás o contrarios a esa «lealtad» que, claro es, determinan que se condene lo que así se obtenga no dentro del juego de la libertad competitiva, sino por el empleo de ardid que aprovechen para sí lo que se ha logrado con el esfuerzo de los otros. No es leal, pues, cuando, sin más, se contraviene la buena fe en ese mercado concurrente, o se actúe vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno o se consigan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás. De ahí que la «competencia desleal», considerada, en su primera delimitación, juega sólo entre los entes concurrentes en el mercado, y así fue la inicial o histórica respuesta de su normativa sancionada, en su anterior dispersa ordenación: tutelar intereses que se perjudican por actos desleales de la competencia. En una fase posterior, se proyectó la disciplina en relación ya con el destinatario del fenómeno concurrente, en torno a los intereses de los receptores de citada concurrencia, los usuarios, ya que era lógico que, sin esta tutela, padecerían el riesgo o perjuicio de la confusión por imitarse como auténtico lo que no lo era. Tutela, pues, del empresario concurrente y del usuario o consumidor son ambos polos que subsumen el postulado de la legislación imperante como así lo reconoce nuestra Ley especial 3/1991, de 10 de enero, y subraya su exposición de motivos que, incluso, se incorpora como novedad, el tríptico de protección, tanto de los intereses privados de los empresarios, como el colectivo de los consumidores, como el público en general.

Competencia desleal. Protección al consumidor.—La tutela del consumidor, como decidida incorporación normativa según la exposición de motivos de la LCD, no sólo tiene esa protección en este marco, sino que, además, cuenta con la diáspora de legislación de la propiedad industrial —Leyes de Patentes, Marcas, etc.—, e incluso, a través de la más genérica Ley 26/1984, de 19 de julio, General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, y acaso en esa línea el Preámbulo citado explica el porqué de esta tutela del consumidor pese a esos otros ordenamientos cuando se justifica diciendo: «La Ley, en efecto, disciplina directa e inmediatamente la actividad concurrencial. El hecho de que a la hora de establecer el cauce jurídico de esa actividad haya tenido en cuenta, muy especialmente por cierto, los intereses de los consumidores no significa que haya invadido terrenos que no son propios de su regulación; significa simplemente que, en el trance de reglamentar los com-

portamientos de los operadores del mercado, se ha guiado –de acuerdo con los criterios consolidados en la evolución actual del Derecho comparado y por imperativo de la propia Carta Constitucional– por la necesidad de reforzar la posición del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado». (STS de 14 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Suministros Científicos Técnicos, S. A.* interpuso demanda por actos de competencia desleal contra *I Mas D Química, S. L.*, don P. J. T. A., don F. P. S., don J. A. C. M. y don J. D. E. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación interpuesto por don P. J. T. A., don F. P. S., don J. A. C. M. y don J. D. E., revocando la sentencia de instancia en la parte que condenó a los demandados-apelantes. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

86. Propiedad industrial. Marcas: derecho de utilización exclusivo.—El artículo 30 de la Ley de Marcas de 1988 establece que «el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico»; este derecho subjetivo de exclusiva utilización de la marca presenta un aspecto positivo y otro negativo; el aspecto positivo implica que el titular de la marca dispone, en exclusiva, de las tres facultades siguientes: *a)* facultad de aplicar la marca o producto, *b)* facultad de poner en el comercio o introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca y *c)* facultad de emplear la marca en la publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca. El aspecto negativo consiste en la facultad de prohibir que los terceros usen de su marca, prohibición que se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles, y comprende tanto los productos idénticos como los similares; así el art. 12.1.a) de la Ley de Marcas prohíbe el registro de signos o marcas que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior.

Propiedad industrial. Marcas: riesgo de confusión.—Existe el riesgo de confusión cuando por ser los signos o marcas semejantes, los productos o servicios que distinguen similares y el público consumidor, perteneciente a un específico sector, lógicamente no podrán diferenciarse unos de otros.

Propiedad industrial. Marcas: criterios para la apreciación de la semejanza.—El estudio de la semejanza fonética y gráfica en los signos enfrentados ha de hacerse atendiendo no sólo a la semejanza en sí entre elementos fonéticos y gráficos de los signos o vocablos que designan a las marcas de cuya comparación se trata, sino también en función de todas aquellas circunstancias que en conexión con el signo expresivo de cada marca pueden tener influencia en la posible confusión que en el mercado pueda producirse por aquella identidad de los productos, pues a los efectos de constituir la causa de exclusión en el Registro de la marca posterior no puede jugar con la misma fuerza la semejanza de dos marcas, si es que cada una de ellas viene referida a productos de distinta clase, naturaleza y aplicación, que en el caso de que ambas partes lo vengán a la misma clase de género, ya que en el

primer supuesto, aun habiendo gran semejanza en las marcas, sin embargo no llegará a producir tal semejanza, ni confusión en el mercado, ni perjuicio al titular de la marca preexistente, ni beneficio al concesionario de la semejanza a costa del prestigio de que goza la primeramente registrada. Luego han de apreciarse las circunstancias complementarias para determinar la semejanza de las normas enfrentadas, referidas a los productos o servicios que se distinguen con esos signos o marcas y al sector del mercado y del público consumidor al que van destinados esos productos o servicios. Siendo importante a estos efectos tener en cuenta la aplicación o finalidad de los productos. (STS de 26 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Sony Kabushiki Kaisha* interpuso demanda contra *Macsony S. L.*, por lesión de los derechos de exclusiva que ostenta por las marcas registradas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Barcelona desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

87. Propiedad industrial. Protección de las creaciones de forma: modalidades.—Tanto la marca, como la competencia desleal y, en su caso, el modelo industrial, comprenden la forma con que se presenta el producto; es la forma tridimensional, que incluye el envase, que prevé como marca el artículo 4.2.d) de la Ley de Marcas, su imitación puede provocar la confusión, que prevé el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal y, desde luego, queda bajo protección como modelo industrial, a la que se ha aplicado el antiguo Estatuto de la Propiedad Industrial.

Propiedad industrial. Protección de las creaciones de forma: alcance.—La protección se extiende indudablemente a la etiqueta y contraetiqueta y al envase y forma de la botella. Recordando la definición de marca que da el artículo 4.1 de la Ley de Marcas que resalta su función diferenciadora, es lógica consecuencia que queden bajo su ámbito el etiquetado y el envase; en la época actual el consumidor, más que pedir el producto al comerciante, lo selecciona directamente en supermercados o grandes superficies, por lo que la apariencia externa tiene trascendental importancia diferenciadora: es la distintividad de las marcas envase, con o sin etiquetado, con su repercusión en la posible competencia desleal.

Propiedad industrial. Actos de imitación: carácter desleal.—Los actos de imitación que son desleales por generar asociación con los productos de la demandante: etiquetas y botella tan semejantes que se pueden incluir en el concepto de identidad, que se refieren al mismo tipo de producto y que producen un evidente riesgo de confusión en el consumidor medio.

Propiedad industrial. Prueba del daño: supuesto de daño evidente.—La prueba de los daños es presupuesto para que la sentencia imponga la condena a repararlos, pudiendo, en caso afirmativo, cuantificarlos o fijar las bases para que se cuantifiquen en ejecución de sentencia, o incluso que si no es posible ni lo uno ni lo otro, se condene a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución. Y estos criterios se han aplicado a los casos de daños producidos en materia de propiedad industrial y protección de marcas. Para su cuantificación, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los ar-

títulos 36, 37, 38 de la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988, y en el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre Competencia Desleal. A pesar de todo lo anterior, también el Tribunal Supremo ha sostenido en singulares supuestos que los daños y perjuicios pueden presumirse producidos incluso en los procesos civiles de patentes, marcas o competencia desleal, como ha hecho en el presente caso la Audiencia al imponer la condena a satisfacerlos sin razonar sobre las pruebas de su existencia que tiene por evidentes. (STS de 19 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Destilerías Viana, S. A.* interpuso demanda contra don F. R. G., *Destilerías San Fermín, S. A.*, y *San Fermín Dos, S. A.*, por infracción del derecho de marcas y por actos de competencia desleal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Estella desestimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra estimó el recurso y revocó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

88. Acción de indemnización por daños y perjuicios. Los daños y perjuicios deben probarse, sin que el artículo 329 CCO presuma su existencia *iuris et de iure*.—El motivo se desestima porque la Audiencia no ha dejado de aplicar el artículo 329 CCO como la mera lectura del FD 5.º revela. Por otra parte, es errónea la tesis de la recurrente de que el precepto en cuestión presuma *iuris et de iure* los daños, relevando de su prueba. El texto legal concede al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, la facultad de resolver el contrato o pedir su cumplimiento, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios irrogados, es decir, éstos se circunscriben «a los que se hayan irrogado». Es evidente que la concreción de qué perjuicios ha sufrido el comprador es una tarea que a él sólo le incumbe, el artículo 329 CCO no le releva de ninguna prueba.

El incumplimiento contractual genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, pero éste debe probar cumplidamente su existencia.—El motivo se estima porque es cierta la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial citada por el recurrente. Es claro que el incumplimiento de un contrato frustra el interés que llevó a concertarlo, que hay en consecuencia que indemnizar. Pero no da lugar la estimación del motivo a la casación de la sentencia recurrida, porque una cosa es que el acreedor frustrado por el incumplimiento tenga derecho a ser indemnizado, y otra (la única importante) es precisar qué daños y perjuicios concretos y específicos han de ser reparados con la indemnización, y éstos son los que han de ser objeto de cumplida prueba por el perjudicado, en modo alguno han de aceptarse los que él simplemente diga, si bien su cuantificación puede hacerse, bien en la sentencia si lo permiten las pruebas practicadas, o en ejecución de la misma, pero con arreglo a las bases sentadas en ella (SS de 15 de junio y 19 de diciembre de 2000, entre muchísimas).

La jurisprudencia viene considerando que, en la compraventa mercantil, existen daños y perjuicios indemnizables, como daño emergente o como lucro cesante, cuando el precio de las mercancías entregadas sube con respecto al pactado en el contrato incumplido.—Los daños y perjuicios indemnizables son el daño emergente y el lucro cesante, a tenor del artículo 1106 CC.

Daño emergente es la compra de reemplazo que efectuó la actora en febrero de 1995 a *Alcoholera de la Puebla*, cuando el incumplimiento de la vendedora ya se había producido. Pagó el hectógrado a 530 pesetas, cuando lo compró a esta última a 475 pesetas. Pero en el recurso de casación voluntariamente la actora rebaja la primera cifra a 520.

El lucro cesante es aquí racionalmente posible, no está fundado en meras hipótesis. Se trata de una compraventa mercantil entre empresas dedicadas al tráfico de mostos, vinos, etc., y la mercancía se ha adquirido obviamente con el propósito de revenderla. La jurisprudencia de esta Sala, ante casos en los que el vendedor incumple su obligación de entrega y el precio ha subido en relación con el pactado en el contrato incumplido, ha mantenido el criterio de que los daños y perjuicios se cifran en la diferencia de precios entre esos dos momentos (SS 14 de febrero de 1964, 27 de marzo de 1974 y 30 de enero de 1976, entre otras). (STS de 14 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Dos sociedades mercantiles dedicadas al tráfico de vinos celebran un contrato de compraventa de mosto, del que habían de entregarse varias partidas. Entregada parte de la mercancía, la entidad vendedora se niega a cumplir con la entrega del resto y la parte compradora la demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios basada no sólo en la existencia de un daño emergente, sino también de un lucro cesante. El Tribunal Supremo estima la pretensión procediendo a casar la sentencia de apelación en la que se desestimaba la demanda por entender que no se había demostrado la existencia de los perjuicios alegados. (M. C. B.)

89. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro: naturaleza.—Tiene una finalidad compensatoria de un retraso sin justificación y la voluntad de la Ley de Contrato de Seguro (arts. 18 y 20) es la del pronto cumplimiento de la indemnización por parte de la aseguradora, cláusula penal establecida por el legislador que añade un plus de onerosidad a la parte incumplidora y actúa así como estimulante para la perfecta ejecución negocial.

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Requisitos: no es necesario requerimiento fehaciente.—El artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, antes de ser modificado por la DA 6.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, decía: «Si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño indemnizando su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 10 por 100 anual». El precepto en cuestión no precisa para su efectividad ningún requerimiento fehaciente a la compañía aseguradora, sino únicamente comunicar el acaecimiento del siniestro. También el propio Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno 5/93, de 14 de enero, declaró que «el asegurador queda ciertamente obligado a consignar la indemnización desde que se produce el siniestro».

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro: las actuaciones penales no son causa justificada del retraso.—No puede abrirse el portillo de considerar a las actuaciones penales como causa justificada para eludir el pago puntual de un siniestro.

Contrato de seguro. Impago de los intereses del artículo 20: devengo de intereses.—Los intereses derivados de la mora de la prestación principal, en caso de no ser abonados a su debido tiempo, producen intereses a su vez «desde que son judicialmente reclamados», en cuanto tal pago de intereses implica una obligación en cuyo cumplimiento puede incurrirse en *mora solvendi*. Así resulta de la propia dicción del artículo 1109 CC, al señalar que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados. (STS de 19 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. V. G. y A. V. *RENT, S. A.* promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Assicurazioni Generali, S. A.*, por incumplimiento de contrato de seguro al no haber satisfecho las cantidades objeto de indemnización en el momento oportuno. El Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid estimó la demanda. La Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

90. Responsabilidad civil del abogado. Seguro colectivo de responsabilidad profesional. Cláusula lesiva para el asegurado. Necesidad de que la reclamación se produzca dentro de la vigencia de la póliza.—La cláusula de delimitación temporal del riesgo contenida en la condición especial VII de la póliza litigiosa traspasaba los límites permitidos por el artículo 73 LCS, en primer lugar, porque se imponía a todo trance que tanto la reclamación del perjudicado como su comunicación a la aseguradora se produjeran durante la vigencia de la póliza; en segundo lugar porque semejante condicionado, en un seguro de responsabilidad profesional de abogados, necesariamente supeditada a los tiempos del litigio con sus instancias y recursos, equivalía, en la práctica, a dejar sin cobertura casi cualquier riesgo durante el primer año de vigencia de la póliza; y, en tercer lugar, porque la adición de un segundo párrafo al artículo 73 LCS en el año 1995, demuestra que, para la ley, las cláusulas similares a las aquí debatidas tienen hoy el carácter de «limitativas de los derechos de los asegurados» y, por tanto, sólo admisibles conforme al artículo 3 de la misma Ley, esto es, con el requisito de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y tener que ser específicamente aceptadas por escrito, de suerte que queda corroborada la facultad del tribunal sentenciador de apreciar la lesividad de aquéllas.

Seguro complementario.—Resulta irrelevante que, además de la póliza colectiva, el abogado había suscrito con la misma aseguradora una póliza complementaria y dependiente de la póliza colegial en cuanto destinada a cubrir el exceso sobre la suma cubierta por ésta, hasta el punto de que la anulación de la póliza colegial determina la ineficacia de la complementaria con arreglo a la propia condición particular de esta última.

Negligencia del abogado que plantea una acción de reclamación por daños una vez prescrita la acción.—La sentencia dictada en apelación condena al abogado y a su compañía de seguros a pagar solidariamente la suma de millón y medio de pesetas por daño moral, más la cantidad a que asciendan las costas de ambas instancias correspondientes a dos de las tres entidades demandadas en el litigio promovido en su día por el actor bajo la dirección técnica del referido letrado. El recurso de casación se interpone por el cliente, que solicita se eleve a sesenta millones de pesetas el importe de la indemnización, y la aseguradora. Queda al margen del enjuiciamiento de esta

Sala el presupuesto mismo de responsabilidad civil profesional del abogado, siendo la única cuestión a resolver la inclusión en la indemnización de las costas impuestas en el juicio contra un tercer responsable que no alegó la excepción de prescripción, pese a lo cual se le extendió indebidamente; es doctrina reiterada la inadmisibilidad de las cuestiones nuevas, por lo cual fue adecuado que se retirara por el actor el recurso de casación, pues su desestimación era segura. En este recurso se estima la petición del actor de incluir las costas a que fue condenado en apelación. (STS de 14 de julio de 2003; ha lugar en parte.)

NOTA.—Extensa y compleja sentencia de la que resulta la lesividad de la cláusula de la póliza de responsabilidad civil suscrita por un Colegio de Abogados en la que se había pactado una cláusula especial que requería que la reclamación se produjera dentro del plazo de vigencia de aquella, y, asimismo el principio de responsabilidad profesional del abogado basado en el daño moral, por haber ejercitado una acción prescrita.

El actor, ingeniero de caminos, reclama una indemnización superior a 65 millones de pesetas por las gravísimas secuelas que sufrió en la realización de obras de movimientos de tierras, pero el letrado planteó la demanda de responsabilidad una vez prescrita la acción, excepción hecha valer por dos de los tres demandados, mientras que la excepción se extendió al tercer demandado que no la había alegado. El Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda, mientras que la Audiencia Provincial condenó por daño moral al pago de un indemnización de millón y medio de pesetas, además de las costas.

El Tribunal Supremo estima no discutible el principio de responsabilidad del abogado por daño moral, no obstante lo cual razona, con cierta amplitud, sobre la escasa viabilidad de la demanda presentada fuera de plazo, por falta de prueba, lo cual obviamente constituye *obiter dicta*. La sentencia estima parcialmente el recurso en cuanto a las costas del juicio intentado contra el tercer presunto responsable de los daños. (G. G. C.)

91. Contrato de seguro. Sustracción de embarcación: interpretación de los conceptos robo y hurto. Régimen aplicable.—Tratándose de un seguro marítimo el concertado sobre un yate de recreo, entre los riesgos que señalan los artículos 738 ss. CCO, en concreto el 755, no figura el relativo al riesgo del robo, por lo que procede la aplicación supletoria de la Ley del Seguro Privado 50/80; luego, si se admite que el barco o yate de recreo fue sustraído y que se rechaza la demanda porque el evento no fue debido al robo, sino al hurto, ello no justifica que la referida cobertura del robo precise, para su entendimiento remisorio, acudir a la normativa penal clásica y al uso de que en el hecho haya concurrido fuerza en las cosas, porque habiendo de integrar el alcance del «robo» con el dictado del supletorio artículo 50, es claro que comprenderá toda «sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas», sin que exista duda alguna de que aconteció esa sustracción. «Sustracción», pues, *nomen* genérico que, sin duda, abarcará tanto el robo como el hurto del móvil asegurado, porque comprende todo apoderamiento posesorio del mismo en contra o al margen de la voluntad de su legi-

timo titular. Debiendo interpretarse los conceptos de robo y hurto no en el sentido técnico-jurídico con el que aparecen definidos en la legislación penal, sino más bien en un concepto más amplio y más vulgar o normal, que bien puede ser el de «sustracción o apoderamiento ilegítimo» que señala el Código de comercio. (STS de 22 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. T. P. interpuso demanda contra la compañía mercantil *Mutua de Riesgo Marítimo, Sociedad de Seguros a Prima Fija*, reclamándole la indemnización derivada de la sustracción de su yate de recreo que desapareció el día 2 de diciembre de 1992 del Real Club de Regatas de Alicante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante desestimó la demanda porque la causa de la desaparición no fue el robo sino el hurto y esa contingencia no estaba cubierta por la póliza. Recurrida en apelación, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante confirmó la resolución apelada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

92. Contrato de seguro marítimo. Modalidad P&I: concepto.—El contrato de seguro llamado de protección e indemnización conocido como seguro PI (*protection and indemnity*) carece de regulación positiva en el Derecho español, seguro de responsabilidad civil del naviero, como seguro de base mutualista, en el que los propios armadores o personas relacionadas se organizan mediante clubes para darse cobertura entre sí mismos, sometidos a la legislación del país en que se han constituido, siendo válida la sumisión a una legislación determinada, que suele ser la inglesa y válida asimismo la cláusula de arbitraje en Londres, también usual. En este tipo de seguro, el riesgo asegurado es la responsabilidad que genera el daño que pueda causar a tercero, no en el sentido de que le cubren aquella indemnización que deba pagar, sino que le satisfacen aquella indemnización que ya ha tenido que pagar al tercero, de aquí que no contemple siquiera la posibilidad de acción directa del tercero frente a la aseguradora. No es el clásico seguro de responsabilidad civil, sino el seguro de indemnización efectiva, que cubre al asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero.

Contrato de seguro marítimo. Sumisión a arbitraje: alcance.—La cláusula de sumisión expresa al arbitraje consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al artículo 780 CCO se subroga en su lugar en virtud del pago.

Arbitraje internacional: ventajas.—El denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales. (STS de 3 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Mapfre Industrial, S. A.* y *Banco Vitalicio de España, S. A.* interpusieron demanda en reclamación de cantidad contra *Trading and Maritime Investment, Inc.*, *Arab Trans Trade Company*», *Overseas Maritime Services, S. A.*, *Seacross Shipping Chartering, Co.*», *Alshark Fisheries, Ltd.*, *Ocean Marine Mutual Protection Indemnity Association Limited*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ribeira estimó parcialmente la demanda.

Recurrida en apelación, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

93. Contrato de agencia. Régimen general.—El artículo 3.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, establece que «en defecto de Ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley»; establece así un derecho común aplicable a toda clase de contratos de agencia mercantiles, si bien, de acuerdo con el citado artículo 3.1, esta normativa de carácter general cede en su aplicación ante la existencia de ley especial que regula un determinado contrato de agencia.

Contrato de agencia. Contrato de agencia de seguros. Régimen aplicable.—Se trata de una modalidad especial del contrato de agencia que se encuentra regulado por la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados, cuyo contenido será el que las partes acuerden libremente y que se regirá supletoriamente por las normas generales aplicables al contrato de agencia, según establece el artículo 7.2 de la Ley 9/1992, tal como ha sostenido la jurisprudencia.

Contrato de agencia. Contrato de agencia de seguros: resolución contractual.—Reguladas las relaciones contractuales nacidas entre las partes por el principio de autonomía de la voluntad que les reconoce expresamente el artículo 7.2 de la Ley 9/1992 y establecidas en el contrato las consecuencias de la resolución contractual, no resulta infringido el artículo 1255 CC.

Contrato de agencia. Contrato de agencia de seguros: resolución unilateral.—La doctrina jurisprudencial reconoce a las partes, en los contratos de duración indeterminada o indefinida, la facultad de resolverlos unilateralmente sin alegación de causa siempre que esta resolución unilateral no implique ejercicio abusivo del Derecho, pues se trata de una facultad posible y válida, como reconoce expresamente el artículo 25.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de contrato de agencia. (**STS de 17 de julio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. P. J. interpuso demanda judicial contra *Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija*, *Mapfre Seguros Generales*, *Compañía Ede Seguros y Reaseguros, S. A.*, *Mapfre Agropecuaria Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija* y *Mapfre Industrial, S. A.*, en reclamación de indemnización de daños y perjuicios que afirma se le han causado por la rescisión unilateral por las aseguradoras demandadas de los contratos de agencia concertados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Manzanares desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

94. Interpretación de las Directivas no transpuestas.—El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene imponiendo a los Tribunales ordinarios para que, aplicando el Derecho interno, lleven a cabo su interpretación lo más conforme al texto de la Directiva no incorporado como pauta interpretativa para alcanzar el fin que contiene y dentro del marco de unas definidas competencias.

Contrato de agencia. Duración indefinida: resolución unilateral.—Se trata de una resolución que, aunque es procedente en los contratos de duración indefinida, aquí se presenta no debidamente acomodada a la buena fe que debe regir las relaciones comerciales (arts. 1258 CC y 57 CCO, pues se basó en una causa inveraz y más bien fue utilizada para desalojar al recurrente del contrato y abusivamente utilizar en provecho propio la red comercial que había creado, circunstancia que ha de tenerse en cuenta respecto a las consecuentes reclamaciones indemnizatorias que se postularon en el pleito, al tratarse de una resolución abusiva, sin otra justificación que el beneficio de la empresa representada al acceder por esta vía al disfrute de la clientela conseguida por el agente.

Contrato de agencia. Resolución unilateral abusiva: indemnización por clientela.—La indemnización por clientela en este caso encuentra justificación en los artículos 7, 1101 y 1106 CC y doctrina jurisprudencial, en cuanto proclaman la procedencia de dicha indemnización para los casos de resolución unilateral que va seguida del disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, al equipararse la situación a supuesto de enriquecimiento injusto por el concedente que ha de ser compensado. (STS de 19 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial Río, S. A.*» interpuso demanda contra *Carpintería de Madera Lacada, S. A.*, y *Cesari, S. L.*, reclamándoles la indemnización debida a consecuencia de la resolución unilateral de la relación negocial existente. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castellón estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Castellón estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

95. Contrato de distribución en exclusiva. Concepto.—Se trata de acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de post-venta de determinados productos del sector, y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución.

Contrato de distribución en exclusiva: características.—Son notas sobresalientes de este contrato, su carácter personal o *intuitu personae* que permite su resolución unilateral en cualquier tiempo, haya o no preaviso, y sea por tiempo cierto o indefinido. Y que, sobre todo, por su carácter continuado o de tracto sucesivo (a resultas de un embebido contrato de suministro, que es el que ampara las remesas de productos de la exclusiva a distribuir para con la observancia del sinalagma funcional por envío periódico de los productos que constituyen el negocio trabado) condiciona a la observancia una mutua confianza o respeto a lo pactado en los términos de la buena fe, *affidamento*, de tal modo que cualquiera que sea aquella libertad resolutoria habrá de respetarse ese módulo de impedir quebrantos o perjuicios en la posición que ocupa el efecto por la decisión extintiva de la contratante.

Contrato de distribución en exclusiva. No puede tener carácter perpetuo.—Nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo, lo que implica que cuando no se infrinje la

equidad ni la buena fe por parte de la demandada, tenga ésta derecho a rescindir el contrato sin que ello signifique abuso de su derecho.

Contrato de distribución en exclusiva. Exigencia de buena fe.—Es preciso subrayar que siendo un contrato de tracto sucesivo, han de ponderarse las circunstancias del cumplimiento del mismo con los criterios de la lealtad y la buena fe, y no sólo en lo referente al plazo de duración sino en el mantenimiento de las previsiones pactadas y, sobre todo, que al tratarse de un contrato de confianza o personalista, cuando se produzca una resolución unilateral, han de respetarse esos modelos de buena fe y mutua confianza, sin que, por ende, se irroguen unos perjuicios a quien ha prestado su aparato y estructura negocial para servir a las finalidades de la contraparte.

Contrato de distribución en exclusiva. Pacto en exclusiva y su incumplimiento.—En torno al llamado pacto de exclusiva, ha sentado la jurisprudencia las siguientes conclusiones: 1) Que dicho pacto, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. 2) Que dado el *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la práctica mercantil, cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exclusión de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren. 3) Que éste es el criterio seguido por nuestro Código civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados medien relaciones obligacionales por tiempo indefinido, según se infiere de sus artículos 400, 1052, 1705, 1732 y 1750, e incluso de otros textos legales, como el artículo 279 CCO. 4) Que tanto las legislaciones como las disposiciones vigentes en nuestro país que tratan de esta materia adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede en el artículo 1509 CC italiano, ya señalando un plazo máximo de duración para los mismos, cual ocurre con el párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento para los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. 5) Que la jurisprudencia proclama la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. 6) Que si no se pacta la fecha en que el contrato deja de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. 7) Que la revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las concurrencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiera abusivamente la resolución del vínculo.

Contrato de distribución en exclusiva. Contrato de adhesión.—El clausulado constituye un supuesto de negocio de adhesión, pues la desigualdad contractual de las partes resulta notoria, dada la posición prevalente de la parte concedente que elabora y redacta el contrato e impone sus condiciones frente a la del concesionario, que ha de acatarla y someterse.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización de daños y perjuicios. Procedencia.—La indemnización de daños y perjuicios sólo procederá cuando se dé por terminado el contrato sin motivo alguno, lo que no acaece cuando no se pacta la fecha en la que el contrato deje de producir sus efectos, máxime teniendo en cuenta que estuvo vigente durante un largo lapso de tiempo.

Contrato de distribución en exclusiva. Resolución de contratos *intuitu personae*.—La resolución contractual —modalidad de ineficacia por causa sobrevenida— se produce por el mero ejercicio de la facultad resolutoria, operando sus efectos desde entonces, sin que sea necesaria una declaración judicial específica que reconozca o constituya tal efecto, pues la resolución es acto del contratante. Empero tal solución se mitiga cuando la otra parte del contrato se opone o la impugna. En tal caso será preciso acudir a los Tribunales para obtener el reconocimiento del derecho, es decir, para que se declare si el ejercicio de la facultad resolutoria es o no conforme al ordenamiento jurídico (si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada; aunque la resolución que se acoja, en su caso, es simple proclamación de la ya operada). Y esta doctrina es aplicable en materia de desistimiento unilateral en los contratos en que se admite, bien para determinar su procedencia, o bien para los efectos consiguientes, como ocurre en los contratos *intuitu personae*, o los de duración indefinida, tengan o no cláusula de preaviso.

Contrato de distribución en exclusiva. Resolución unilateral: indemnización de daños y perjuicios.—Producida la resolución se deben resarcir los daños generados por la inmediata rescisión, sin margen de maniobra del demandado, incluido el lucro cesante consistente en el dejado de percibir hasta el día en que había terminado de haber hecho el preaviso en la fecha de derogación, a lo que debe añadirse el evidente perjuicio reflejado por la pérdida del fondo de comercio (al aprovechar sus clientes la contraparte), por su necesidad perentoria de readaptación de su estructura empresarial (que fue de hecho imposible, obligando la situación al despido de trabajadores), y por el grave y notorio deterioro sufrido por su imagen empresarial frente a los demás, generada por el desprestigio que supone ser repentinamente cesado en la actividad que venía haciendo a sus clientes de varios años, y por una decisión de la que daba nombre al negocio inexplicable frente a tales clientes, porque al no tener causa justificada, ninguna explicación veraz y justa permitía. *A sensu contrario*, la resolución unilateral sólo da lugar a indemnización si se realiza sin justa causa o con abuso de derecho y si se prueban los daños y perjuicios.

Contrato de distribución en exclusiva. Aplicación del artículo 1101 CC.—Se ha de aplicar el referido artículo 1101 cuando se ha producido la resolución unilateral por parte de la concedente, no obstante estar previsto en el contrato, pero que resulte arbitraria y con daño para la otra parte, por no haberse probado que la parte concesionaria hubiera incurrido en incumplimiento contractual decisivo, ni tampoco hubiera admitido la resolución, pues su carta en la que anunciaba el cierre anticipado del establecimiento —vigente el plazo de un año del preaviso, conforme a la carta remitida notarialmente, de resolución unilateral— no es representativa en tal sentido, sino más bien responde a comunicar una situación que le fue impuesta por el actuar contractual desleal, actuando estas conductas como causa directa y desencadenante de los daños y perjuicios que se reclaman, cuya realidad resulta debidamente demostrada, así como los precios que justifican su reclamación.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela.—La jurisprudencia viene otorgando en los casos de relaciones de concesión en exclusiva al corresponder a una indemnización compensatoria con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento y partiendo de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra, al producirse su desplazamiento, en el fondo comercial.

Contrato de distribución en exclusiva. Incumplimiento por el deudor.—La jurisprudencia ha matizado el alcance de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que ha de darse en el deudor para que la resolución del contrato prospere. No se trata en modo alguno de una indagación de índole psicológica sobre las motivaciones de aquél, sino de juzgar sobre sus hechos, debiendo obtenerse de este examen que frustra la finalidad del contrato con su conducta sin causa justificada, cuya concurrencia incumbe probar al obligado. (STS de 26 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Aldani, S. A.* interpuso demanda contra *Reggiani, S. p. A.*, en reclamación de cantidad a consecuencia de la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva sin preaviso. El Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso y revocó totalmente la sentencia de instancia absolviendo de todo pedimento a la parte demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

96. Letras de cambio. Contrato de descuento: no restitución por la entidad financiera.—Resulta inexcusable el deber que incumbe a la entidad financiera de reponer las letras al cedente y en el estado en que fueron recibidas, es decir, con la misma eficacia jurídica que tenían cuando fueron depositadas en virtud del contrato de descuento y evitar que se produzca el perjuicio de los efectos por la retención injustificada llevada a cabo. El negocio de descuento opera teniendo en cuenta que las letras las recibe la entidad bancaria descontante como mera cesión *pro solvendo*, no *pro soluto*, al estar condicionadas al buen fin de las mismas, y le asiste el derecho al reintegro del importe si el crédito incorporado a las cambiales no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago, pero este derecho de reintegro es el que faculta a reclamar los importes y la obligación de devolver las letras una vez fracasada la operación, ya que no se admite que el cliente pierda por omisión, falta de la diligencia debida por la entidad o aplicación de una mala práctica bancaria, cualquier derecho que le corresponde como titular del crédito. (STS de 30 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. T. E. interpuso demanda contra la entidad *Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla* por la no devolución de las letras descontadas e impagadas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Huelva estimó el recurso revocando la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

97. Analogía. Requisitos.—La exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 que aprobó el texto articulado del Título Preliminar del Có-

digo civil, refiriéndose a la analogía dice que «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto»; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados; para su aplicación es condición necesaria que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además de que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto, sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad, hasta el punto de permitir esa aplicación. Como dice la STC de 14 de julio de 1988, se trata de una operación jurídica delicada que exige medida y ponderado, meditado y cuidado uso.

Abordaje. Concepto y efectos.—La doctrina científica define el abordaje, a falta de un concepto legal, como «el choque entre dos buques destinados a la navegación marítima que ocasione daños»; excluyéndose de este concepto el choque de un buque contra un cuerpo fijo, como un muelle o una roca; consecuencia de ese concepto del abordaje es la unánime opinión de la doctrina de que los daños causados por el choque de un buque contra un cuerpo fijo no quedan sometidos a la regulación del Código de comercio, sino que los mismos quedan sujetos a la responsabilidad por culpa extracontractual regulada en los artículos 1902 y SS. CC.

Práctico. Responsabilidad. Inaplicabilidad al naviero de la responsabilidad del artículo 1903 CC por los actos del práctico.—La consideración del práctico como miembro de la tripulación del buque carece de todo apoyo legal y doctrinal; enumeradas en el artículo 648 CCO las personas que constituyen la dotación de un buque, la condición de tripulante se adquiere mediante el contrato de embarco que le ligue al buque. Por el contrario, el práctico, aunque es un auxiliar técnico del buque, está ligado al naviero por un contrato que la doctrina califica como contrato de obra, careciendo la actuación del práctico de las notas de estabilidad y permanencia que califican al tripulante. Así, la relación de dependencia, presupuesto del artículo 1903, no ha de ser necesariamente laboral, pudiendo derivarse de otros vínculos jurídicos cuales los de arrendamientos de obras y servicios, y concurre siempre que se haya reservado o le corresponda a la entidad a quien se atribuye la culpa *in vigilando*, la vigilancia, intervención, control o cierta dirección en los trabajos efectuados o a efectuar por el agente causante del daño o empresa a quien éste pertenece o para quien actúa, y que el acto lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable. Ahora bien, el párrafo primero del artículo 9 del Reglamento General de Practicajes, aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958, dispone que «el práctico, como asesor técnico del Capitán, señalará la derrota de la nave desde que la aborde a la entrada en los puertos hasta su fondeo o amarraje en lugar seguro o hasta dejarla en franquicia a la salida de aquéllos; así como en los movimientos de los mismos, indicando al Capitán los rumbos o maniobras precisos a tales fines»; esto supone que el práctico, en el ejercicio de sus funciones, contenido del contrato de obra que le vincula con el naviero, tiene plena autonomía, no estando sujeto a órdenes o instrucciones del capitán del buque, sino que es éste quien ha de ejecutar las maniobras necesarias siguiendo las indicaciones de aquél, de tal forma que, para que el práctico quede exonerado de responsabilidad por no

haber seguido el capitán las indicaciones que le formuló, aquél ha de hacerlo constar en el impreso que al efecto llevará (art. 9, párrafo tercero, del Reglamento de 1958). Esto no resulta alterado por lo establecido en el citado artículo 9, párrafo segundo, cuando, después de referirse a la responsabilidad del práctico, añade: «En perjuicio de la responsabilidad que para el Capitán o Naviero se establece en el artículo 618 CCO»; la responsabilidad del capitán o naviero nace del hecho propio: el incumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 518 CCO no es una responsabilidad por hecho ajeno, la conducta negligente o culposa del práctico. Habiéndose acreditado en la instancia que la colisión entre el buque y el muelle fue debida, únicamente, a la conducta negligente del práctico que dirigía la maniobra de salida del puerto del buque, no cabe la aplicación, ni siquiera analógica, del artículo 1903 CC. (STS de 13 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Transportación Marítima Mexicana, Sociedad Anónima de Capital Variable* interpuso demanda contra don J. L. L. F., la *Unión y el Fénix Español, S. A.* y la *Autoridad Portuaria de Valencia*, acumulándose la planteada por la *Autoridad Portuaria de Valencia* contra *Transportación Marítima Mexicana, S. A.*, contra *Vapores Suardiaz Valencia, S. A.*, y contra *Mapfre Caucción y Crédito, S. A.*; todo ello por las consecuencias derivadas de la colisión del buque *Tabasco* contra la defensa del muelle. El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de los de Valencia estimó parcialmente la demanda instada por la mercantil *Transportación Marítima Mexicana, Sociedad Anónima de Capital Variable*, y desestimó la demanda acumulada interpuesta por la *Autoridad Portuaria de Valencia*. Recurrida en apelación, la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

98. Cooperativas. Definición. Régimen jurídico.—La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático. Las cooperativas inicialmente se regularon por la ley estatal de 2 de abril de 1987. Posteriormente, la ley de 23 de diciembre de 1992 transfiere las competencias en esta materia a las Comunidades Autónomas. En la actualidad, el régimen de las cooperativas se determina en la legislación de cada Comunidad Autónoma, y la ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, se aplicará a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, así como a las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Cooperativas. Irrepartibilidad de la cuota de ingreso de un socio incluso en el caso de baja.—La cuota de ingreso tiene su fundamento en que el nuevo socio que entra en la cooperativa pasa a participar, con los anteriores, en las reservas que tenga constituidas la cooperativa, con lo cual resulta disminuida la relación patrimonio-socio; esta pérdida se compensa exigiendo al nuevo socio la aportación de una cantidad determinada, además de la aportación obligatoria al capital. Esta cuota de ingreso está sometida a un régimen ju-

rídico distinto al que se someten las aportaciones de los socios al capital social, obligatorias o voluntarias, caracterizándose esta cuota por ser irrepartible, ni siquiera en caso de baja del socio. (STS de 25 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Tritón, Sociedad Cooperativa Valenciana Limitada*, en la que solicitaba que se dictase sentencia en la que se declarase su baja en la cooperativa *Tritón* como una baja voluntaria justificada, por expresa disconformidad con los acuerdos sociales. Y, con independencia de la calificación que se haga de dicha baja, se condene a la cooperativa demandada a reintegrar y pagar al actor, en los plazos que corresponda según su calificación como justificada o no, las cantidades aportadas por el actor. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada esta sentencia por don J. F., la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto y la revoca en su totalidad. La Audiencia estima en parte los pedimentos de la demanda al declarar la baja de don J. F. en la cooperativa *Tritón*, como baja voluntaria no justificada, y condena a la cooperativa demandada a reintegrar y pagar al actor las cantidades reclamadas.

NOTA.—El Tribunal Supremo no comparte el criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial que niega que la cantidad de 4.976.574 pesetas pueda considerarse como «cuota de ingreso», a integrar o formar parte de las «Reservas Obligatorias» de la cooperativa y de carácter irrepartible; la mencionada sentencia la califica como una cuota «impuesta» (*sic*) por la cooperativa, obviamente, para «ser recibido» (*sic*) como socio y al cabo de los años de constituida. El Tribunal Supremo entiende que la cuota de ingreso se integra en la «Reserva Obligatoria» y tiene carácter irrepartible, sin que sea obstáculo para ello la circunstancia de que, en el caso debatido, en el balance de la cooperativa no aparezca entre las «Reservas» una «Reserva Obligatoria», sino que la cuota de ingreso sólo obedece a la disintonía entre la terminología utilizada en la Ley y la seguida por el Plan General de Contabilidad. (*M. C. L. J.*)

DERECHO PROCESAL

99. Colegiación profesional. Competencia de jurisdicción.—Partiendo de la naturaleza pública de los Colegios Profesionales, se ha de desestimar la idea de que la obligación de colegiación ha de ser atribuida a la jurisdicción civil, ya que funciona como residual cuando no ha sido asignada de modo inequívoco a otro orden distinto. Es de relevancia la S de 26 de noviembre de 1998, en la que se pone de manifiesto la doble función de los Colegios Profesionales: asociación privada, sometida por ello al Derecho civil, desarrollando actividades propias de un ámbito de Derecho público (y restringiendo las de carácter privado a su relación interna con los integrantes). Esta sentencia continúa expresando la ausencia de contradicción entre la obligatoriedad de colegiación y el principio constitucional de libertad asociativa del artículo 22 CE.

Se asume la afirmación de la sentencia citada, en cuanto que se define como acto administrativo el acto emanado del órgano colegial, supeditándolo por ello al Derecho administrativo (actos tales como «defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de derecho público», FJ 6.º).

Los Colegios Profesionales se integran en lo que se denomina como Administración Corporativa, encontrando su fundamento en el artículo 36 CE, definiéndose como corporaciones de Derecho público en el artículo 1 de la Ley 7/1997 de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales. (STS de 30 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos demandó por juicio declarativo de menor cuantía a doña M. A. F. La cuestión se centraba en si la demandada, en posesión del título de Estomatóloga, que ejercía dicha profesión en una clínica dental en Oviedo, estaba o no obligada a inscribirse en el Colegio mencionado, y si el conocimiento de la cuestión correspondía o no al orden jurisdiccional civil. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que fue revocada en grado de apelación por la Audiencia, por incompetencia de la jurisdicción civil. Se interpone recurso de casación por aplicación indebida del artículo 1.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

NOTA.—La naturaleza de Derecho público o de Derecho privado de los Colegios Profesionales ha sido arduamente discutida por doctrina y jurisprudencia. Se ha defendido su consideración como Administración Pública, sin embargo, tal y como refleja Tollivar Alas (Voz «Colegio Profesional», *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, editorial Civitas, pp. 1101 ss.), el propio intérprete constitucional ratifica la corrección de incluir a los Colegios Profesionales entre las Administraciones Públicas, cuyo régimen jurídico corresponde a la legislación básica del Estado. La limitación que supone la colegiación obligatoria, sigue este autor, «puede convertirse en un estrangulamiento de la libertad creativa, [...] en unos tiempos en que la fiebre gremialista ha llevado a crear profesionales desde Colegios». Se presenta el carácter público de los Colegios Profesionales como una mera opción legislativa, y esto contraviene la interpretación literal de los artículos 148 y 149, en cuanto que se identifiquen los Colegios con el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. (P. S. S.)

100. Jurisdicción competente en caso de reclamación de un club de fútbol contra otro y un jugador solidariamente.—En la sentencia anotada se alega infracción por su no aplicación del artículo 19 del RD 1006/85, de 26 de julio, que delimita la jurisdicción laboral para el supuesto de conflictos que surjan entre deportistas profesionales y los clubs o entidades deportivas como consecuencia del contrato de trabajo. En el supuesto en concreto, el conflicto no ha surgido entre el jugador y su equipo que van de la mano en la oposición al F. C. Barcelona, demandante, que reclama a ambos solidariamente una indemnización por daños y perjuicios. Al no existir conflicto entre el deportista y su club, no entra en aplicación el precepto reseñado.

Abundando en ello, corresponde privativamente, a los Tribunales de Primera Instancia, la interpretación de los contratos y, oportunamente, el citado Tribunal estimó que la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato corresponde a la jurisdicción ordinaria común y no a la especializada. Esta afirmación la corroboran las SSTs de 30 de octubre y 22 de noviembre de 1982, 17 de marzo y 23 de mayo de 1983, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986.

Vulneración del artículo 16 del RD 1006/85 sobre el derecho a la libertad de un jugador.—No existe vulneración de este precepto por cuanto la relación que vincula al demandante —F. C. Barcelona— no es un vínculo contractual de origen laboral que cumpla los requisitos de un contrato de trabajo de deportista profesional —especificados los referidos requisitos por el art. 3 del citado Real Decreto—. En cualquier caso, y por interpretación del Tribunal de instancia que es a quien corresponde, nos encontramos ante una reclamación de daños y perjuicios.

Aplicación errónea de los artículos 1091, 1256, 1258 y 6.4 CC.—Al declararse probado en primera instancia la existencia de un contrato que liga a las partes —demandante y demandados—, la actuación y solicitud del F. C. Barcelona no lleva implícita, en ningún caso, ruptura de la regla básica *pacta sunt servanda*, ni que la validez y el cumplimiento del contrato se deje al arbitrio de una de las partes. De hecho, el demandante ejercita sus derechos reconocidos en el documento contractual y establecidos en virtud de la autonomía de la voluntad conforme a las exigencias de la buena fe, sin que concurra abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo. (STS de 21 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El *F. C. Barcelona* promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra *F. M. G.* y contra el *Sevilla Club, S. A.*, solicitando que ha existido incumplimiento del contrato por parte de los demandados, condenando a éstos solidariamente a pagar a la actora la suma de trescientos millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a abonar a la actora la suma de trescientos millones de pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad. Contra dicho fallo se interpuso recurso de apelación por los demandados. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—El conflicto enfrenta al *F. C. Barcelona* —demandante— y al *Sevilla F. C.* y al jugador N. —demandados—. Respecto a la legislación aplicable para la resolución del litigio hemos de distinguir dos relaciones distintas: aquella que vincula al demandante con el jugador y la que lo hace con el otro club. Respecto de este última, en ningún caso es de aplicación el RD 1006/85 por cuanto los mismos no tienen vinculación de tipo laboral entre sí. Por otra parte, el contrato de cesión de derechos federativos otorgados por las partes no es un contrato de trabajo. Ello se patentiza porque no ha seguido el cumplimiento de los requisitos que para tales contratos laborales referidos a los deportistas profesionales exige el artículo 3 del citado Real Decreto. (*M. F. N. C.*)