

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Eva CANO VILÁ, María del Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Determinación de la ley aplicable.—La Ley material aplicable en el caso que nos ocupa es la relativa a la nacionalidad que ostentan las partes en el proceso; en este sentido, el artículo 9.1 CC llama a la Ley personal de las personas físicas para regir entre otras materias, las concernientes al estado civil, que, igualmente, es aplicable al «carácter y contenido de la filiación». En atención a que, como resulta de la propia sentencia, el hijo cuya filiación se reclama tiene la nacionalidad de la madre según se deduce del artículo 17 CC, habrá de concluirse que la cuestión de fondo habría de ser resuelta conforme a la Ley norteamericana que correspondiere. Sin embargo, al no haberse aportado por ninguna de las partes, como era necesario, la prueba de la existencia, contenido y vigencia de la referida Ley extranjera, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico, con seguimiento de la reiterada línea jurisprudencial que se contiene, entre otras, en las SSTs de 11 de mayo de 1989, 13 de diciembre de 2000 y 5 de marzo de 2002. (**STS de 2 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La señora D. J. W., de nacionalidad estadounidense, demandó al señor S. S., de la misma nacionalidad, instando al tribunal a que declarara: 1) Que el demandado era padre del menor D. W.; 2) Que se inscribiera en el Registro Civil de Rota, donde constaba inscrito el nacimiento del menor, la filiación paterna; 3) Que como consecuencia de lo anterior, se estableciera la obligación del progenitor demandado a prestar alimentos al menor en la cantidad de 250 dólares mensuales. El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. El señor S. S. interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia con fundamento en la aplicación indebida del artículo 9.4 CC, en relación con los artículos 12.1, 2, 5 y 6 del mismo, pues entendía, que la sentencia impugnada había aplicado indebidamente la Ley material española para decidir acerca de la reclamación de filiación extramatrimonial planteada por la madre. (E. C. V.)

2. Conflicto de leyes. Ley aplicable a los derechos que se constituyen sobre buques: el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 para la unificación de reglas relativas a privilegios e hipotecas marítimas sólo es aplicable en aquellos supuestos en que el buque «gravado» pertenezca a uno de los Estados contratantes.—Se reprocha que la Audiencia Provincial, amparándose erróneamente en el artículo 14 del citado Convenio y en la sentencia de esta sala de 18 de junio de 1990, haya entendido que no existe el privilegio marítimo de afección real del buque al pago de la cantidad reclamada, pese a que condena a la propietaria del mismo al abono de dicha suma.

Se argumenta que aunque el artículo 14 del Convenio requiere únicamente para su aplicación que el buque sea de un país contratante, en realidad debe ser aplicado el mismo a todos los supuestos internacionales como derecho nacional español de producción externa, en evitación de fraudes, como podría ser la venta del buque a otro armador.

Para decidir acerca del posible acogimiento de la tesis de CIGNA es suficiente tener en cuenta que las sentencias de esta Sala de 22 de mayo de 1989 y 18 de junio de 1990 coinciden en la afirmación de que el Convenio de Bruselas de 1926 solamente tiene aplicación cuando el buque «gravado» pertenezca a un Estado contratante, según se desprende del artículo 14 del referido Convenio.

Dado que ambas partes reconocen que el buque en que se trasportaban las mercaderías de litigio era de bandera chipriota y no se ha demostrado por la demandante que Chipre hubiera firmado el mencionado Convenio, el motivo ha de ser desestimado.

[...] En el último de los motivos de su recurso denuncia CIGNA la infracción del artículo 580.10 en relación con el 584, ambos del CCO, y el artículo 12.6 CC.

Se señala que en la demanda se citaba expresamente como derecho subsidiario del Convenio, el contenido en el Código de comercio.

Por ello, se añade, si no se considera aplicable el referido Convenio, ha de estarse a lo prevenido en el citado Código que establece en el apartado 10 de su artículo 580 un privilegio para el crédito del cargador por el valor de los

géneros embarcados que no se hubiesen entregado a los consignatarios o por las averías sufridas de que sea responsable el buque.

El motivo debe ser igualmente desestimado, por cuanto es precisamente el artículo 12.6 CC el que ordena a los Tribunales la aplicación de las normas de conflicto del Derecho español, una de las cuales –el art. 10.2 del mismo cuerpo legal– establece claramente que los derechos que se constituyan sobre buques quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro. La inmediata consecuencia de la observancia de esta última norma es la imposibilidad de aplicar al presente debate la normativa del Código de comercio español, siendo así que, como se afirma por la Audiencia Provincial la parte actora ha acreditado que el buque respecto al cual se solicita la afección real en garantía de la deuda que se reclama, es de nacionalidad chipriota. (ST^S de 18 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.–Cigna Insurance, que en virtud de seguro de transporte marítimo había tenido que abonar más de veinte millones de pesetas a SIMSA por los daños que esta sociedad había sufrido en unas partidas de habas de soja transportadas por el buque «Eve Trader» desde Argentina y Brasil hasta Santander formuló demanda contra Oceanalpha Shipping, porteadora y Stamina Shipping, propietaria del buque al objeto de que le reintegrasen la suma indicada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión deducida. La Audiencia Provincial acogió parcialmente el recurso de Cigna y condenó a las demandadas al pago de la cantidad reclamada pero denegó la petición relativa a que fuese declarada la afección real del buque en garantía de aquella deuda. Contra esta sentencia recurrieron en casación Cigna y Oceanalpha declarando el Tribunal Supremo en ambos casos no haber lugar. (R. G. S.)

3. Ley aplicable: nacionalidad cubana del marido premuerto al tiempo de la celebración del matrimonio determinante de la vigencia del régimen de gananciales. Aplicación del Código civil y del artículo IX del Tratado con Estados Unidos de 10 de diciembre de 1898.–Los motivos han de acogerse por compartir la tesis del recurso de que el difunto esposo de la actora y causante de la herencia discutida tenía nacionalidad cubana al momento de la celebración de su matrimonio en 26 de noviembre de 1943, si bien, ostentaba la vecindad catalana, y para ello basta con reiterar los hechos que se han constatado por la primera sentencia del Juzgado, no rebatidos por la recurrida, a saber:

1) La estancia de los padres del citado en Cuba a raíz del año 1898 y, tras la vigencia del citado Tratado de Paz con USA de 10 de diciembre de 1898, al no acogerse a la posibilidad de conservar su nacionalidad española de origen, determinó la pérdida automática por su renuncia de la misma y la adquisición por acto voluntario no expreso, de la cubana; el nacimiento posterior del causante en 1 de marzo de 1909, su inscripción en el Registro Consular de Cuba en 24 de marzo de 1909 y, tras su regreso a España se mantuvo esa cualidad cubana en la fecha relevante para el litigio que es cuando se celebra su matrimonio en 26 de noviembre de 1943.

2) Porque, ante esas vicisitudes cronológicas, la aplicación de los vigentes artículos citados en el recurso, en especial el artículo 9.1 CC, deri-

van en la terminante sanción de que, la aplicación de su ley personal de esa persona física es la correspondiente a su nacionalidad, la cual habilitará su capacidad y estado civil y los derechos y deberes de familia en la sucesión por causa de muerte; y hasta rigen tanto el apartado 2.º de ese precepto en cuanto al régimen de la ley nacional y, sobre todo, el apartado 3.º, respecto a su proyección de esa ley a sus relaciones patrimoniales en el matrimonio.

3) Que, frente a ello no es posible, como entiende la Sala asignar a la resolución de un expediente registral de fecha Auto de 13 de julio de 1970, que ese causante tenía la nacionalidad española y no con carácter constitutivo, cuyos efectos fueran *ex nunc*, ya que, esa cualidad la poseía ya por ser hijo de padres españoles, lo que, desde luego, desborda la referida normativa antes analizada, pues *ope legis*, nació de padres que no eran ya españoles, siendo además, inconsistente que esa atribución registral, al tener que apoyarse en su normativa específica –art. 95 de su Ley a la sazón y 335 y ss. de su Reglamento– fuera significativa, al subrayarse que, esa declaración de nacionalidad, opera como una presunción y, por lo tanto, sometida a su desvirtuación probatoria– así lo admite la propia Sala *a quo* en su F J 2.º –que, curiosamente, trastoca la aniquilación de su verdad formal, al tener en cuenta hechos o sucesos que, en puridad son irrelevantes, porque, por su entidad, nunca pueden alterar una atribución originaria de nacionalidad, pues, –bien evidente es que, hablar de adquisiciones inmobiliarias o, signos de un voluntarismo del interesado– en nada empecen a aquella nacionalidad cubana del afectado y, cuando menos, cabría admitir que sería, tras ese Auto de 13 de julio de 1970, cuando tendría esa nacionalidad española, pero nunca antes y, por tanto, en la fecha de su matrimonio en 26 de noviembre de 1943 que es la relevante a los fines de la vigencia del régimen ganancial aplicable a la sazón en Cuba, proyección no cuestionada en el litigio, en los términos de los artículos 1344 y 1345 CC.

Por todo ello, se acogen los citados motivos. (STS de 2 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–El objeto del litigio se centró en determinar si el esposo de la actora y causante de los demandados poseía o no la nacionalidad española en la fecha en que contrajo matrimonio (noviembre de 1943). Éste había hecho testamento en julio de 1983, en el legaba a su mujer –demandante– determinados bienes e instituía herederos universales a sus hermanos –demandados–. Partiendo del supuesto de que, a pesar de haber nacido en Santiago de Cuba, el causante era de nacionalidad española y vecindad catalana, se aplicó el régimen de separación de bienes y los herederos, tras la entrega de los legados, se adjudicaron la propiedad de los bienes restantes. Pero la actora sostuvo que el fallecido era de nacionalidad cubana, que el régimen económico aplicable a su matrimonio era el de gananciales –vigente a la sazón en Cuba– y que, como consecuencia, el criterio particional hubiera debido ser muy distinto. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda habida cuenta la nacionalidad cubana del causante. La Audiencia Provincial de Barcelona, por el contrario, declaró la nacionalidad española y vecindad civil catalana del finado, con vigencia en su matrimonio del régimen de separación de bienes. Recurre en casación la actora declarando el Tribunal Supremo haber lugar y confirmando la sentencia del Juzgado. (R. G. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. El factor del contexto en las expresiones injuriosas.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que para valorar el carácter injurioso de las expresiones hay que tener en cuenta el contexto en que se producen, pues no cabe absolutizarlas desligándolas de las circunstancias del caso. Ello tiene especial importancia porque frases y palabras que pudieran tener un contenido injurioso son toleradas por los usos sociales si se dan determinadas circunstancias. No obstante, determinadas expresiones que, aunque en el lenguaje coloquial no dejan de ser usuales, no por ello han de ser tenidas por correctas, pues siempre cuentan con suficiente carga vejatoria para reputarlas lesivas al honor, teniendo en cuenta las circunstancias y lugar en que se manifestaron.

La doctrina del «reportaje neutral».—El Tribunal Constitucional viene declarando que el reportaje neutral es aquel en el que el medio de comunicación reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito, limitándose a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que puedan eventualmente ser atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 CE, y ha caracterizado el mismo por las siguientes notas: *a)* El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, pero que han de ser por sí mismas noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas; de modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones; *b)* El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia; *c)* La veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido. En el presente caso concurren los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina del «reportaje neutral». (STS de 12 de julio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El señor J. R. R. se dirigió contra el señor E. R. M., el señor J. P. y el señor L. M. A. por una publicación aparecida en el diario *ABC* en la que se recogían frases injuriosas referidas al demandante. El diario *ABC* recogía las siguientes expresiones emitidas por E. R. M.: «Por su parte, el abogado de la Magistrado señora B. D., E. R. M., arremetió contra el ex secretario de los Juzgados de Marbella J. R., del que dijo que era un golfo y un sinvergüenza», «cada vez hay más gente que sabe y se da cuenta de que R. es un sinvergüenza». Esas manifestaciones se incluían en la rueda de prensa que la Magistrada señora B. D. ofreció tras ser absuelta por el Tribunal Supremo de los delitos por los que fue condenada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, entre cuyos acusadores estaba el señor J. R. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaró que el demandado señor E. R. M. hizo esas manifestaciones en ejercicio de su libertad de expresión, porque si bien las expresiones utilizadas eran descalificadoras, debían estimarse referidas a la intervención del señor J. R. en el procedimiento al que se refería la rueda de prensa en que fueron pronunciadas por lo que cabe encajarlas en la crítica de un comportamiento concreto y no como un ataque al honor. La sentencia añadió asimismo, que la publicación en el periódico *ABC* estaba amparada por la

libertad de información. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmó la resolución recurrida. J. R. R. interpone recurso de casación que funda en la vulneración de los artículos 7.7 y 2 de la LO 1/1982. Ha lugar parcialmente. (E. C. V.)

5. Veracidad de la información.—Este requisito no supone la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, de modo que puedan quedar exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, sino que la veracidad debe privar de esa protección a aquellos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen en menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable, al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de todo contraste o meras invenciones o insinuaciones. El informador, si quiere situarse bajo la protección del artículo 20.1 d) CE, tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional.

El contexto en la determinación de la veracidad de la información.—Puede darse el caso de que el conjunto de la noticia sea veraz y goce de la relevancia pública, y por el contrario, alguna de sus partes no reúna, según el caso y sus circunstancias, esas notas capitales para obtener la oportuna salvaguarda constitucional. Es aquí donde debe entrar en juego la pauta de la necesidad de dichas expresiones o informaciones, que debe ser un criterio fundado en razones objetivas y atendiendo a las singularidades del caso. En el supuesto aquí enjuiciado, es evidente, que ese requisito de veracidad resulta cumplido en cuanto se refiere a la existencia del informe emitido en el expediente de suspensión de pagos por el interventor aquí recurrido y otro de los designados. Ahora bien, la información cuestionada no se limita a poner en cuestión ese informe y la actuación del colegio de economistas, sino que se está atribuyendo al señor De La R., una conducta, que de ser cierta y probada, daría lugar a responsabilidad de tipo penal, al infringir el interventor los deberes que le impone el ejercicio de ese cargo judicial; imputación que se realiza sin la menor prueba acerca de su verosimilitud. No justifica la primera parte de la información la veracidad del resto de la misma. No existiendo prueba de ello ni abiertas diligencias policiales o judiciales sobre esos hechos, la más elemental diligencia en la exposición de los mismos obligaba a no hacer imputaciones como las obtenidas en la información denunciada. (STS de 15 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El señor A. L. A. promovió demanda sobre protección civil del derecho al honor contra *Unidad Editorial, S. A.*, el señor P. R. C., el señor J. Z. C., y el señor J. G. M. por las publicaciones aparecidas en el mencionado medio cuyos titulares declaraban que «Los interventores de Fesa falsearon el balance entregado en el Juzgado para eludir la quiebra»; «Los interventores de Fesa alteraron su informe y evitaron que se actuara en contra De La R.»; «De la R. escurre de nuevo el bulto: los interventores de Fesa alteraron su informe»; «Los interventores de Fesa, Compañía de fertilizantes del grupo Torras-Kio alteraron su informe para evitar que se actuara contra De La R. (...) Esta posibilidad ha quedado cerrada

gracias a la tergiversación de la auditoría». El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados como responsables directos y solidarios de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor. Posteriormente, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto por *Unidad Editorial, S. A.*, exclusivamente en lo referente a la cuantía de la indemnización. La representación procesal de *Unidad Editorial, S. A.*, y los restantes demandados interpusieron recurso de casación en base a la vulneración del derecho a la libertad de información. (E. C. V.)

6. Inexistencia de intromisión al honor.—El texto periodístico no expresa en modo alguno que se pagara dicho piso en todo o en parte con fondos reservados, sino que dada la información manejada por los demandados tal asociación era inevitable pues de lo averiguado no se explicaba la forma en que los actores podrían afrontar los pagos, al contrario resultaba la existencia de un endeudamiento que difícilmente podrían afrontar a la vista de los datos manejados. En todo caso, la noticia de la declaración de la demandante sobre los fondos reservados no era de la publicación, sino que era un hecho notorio, conocido por todos y que el escrito solamente recogía.

Veracidad de la información.—La información es veraz de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. Este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. (STS de 1 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, señora P. N. O. y señor J. L. F. S., promovieron demanda de protección civil del derecho al honor contra el señor P. J. R., Director del Diario *El Mundo*; contra los periodistas, el señor J. C. E. y el señor M. S., autores de la información; y contra *Unidad Editorial, S. A.*, empresa editora del periódico, en la que solicitaban la declaración de la intromisión ilegítima en el derecho al honor por las informaciones publicadas en el mencionado medio. En una primera publicación figuraban como titulares: «P. N. y su marido pagan 20 millones al año para hacer frente a la hipoteca y 4 pagarés»; debajo, con otra letra, «La Secretaria de F. G., que cobró fondos reservados, tiene un piso escriturado en 100 millones»; y más abajo añadía «Adquirió en 1994 un dúplex en el centro de Madrid de 430 metros cuadrados». En el texto periodístico se señalaba que la señora P. N., en la declaración que tuvo que prestar ante el Juzgado de Instrucción a raíz del escándalo del asunto de los fondos reservados, reconoció ante el Juez haber cobrado dinero de tales fondos. También se recogía en la publicación, que compró una vivienda de lujo en Madrid, cuyo precio escriturado fue de 98,5 millones de pesetas. En la otra publicación, la información se refería esta vez al marido de la señora P. N., J. L. F. S., del siguiente modo: «Presidencia compra muchos cuadros al marido de la Secre-

taria de G.». Según la argumentación de los recurrentes, no se podían publicar esas dos noticias relativas a la misma persona, pues ello podría conducir a realizar una asociación peyorativa para ella. Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda. Posteriormente los demandantes interponen recurso de casación que es desestimado. (E. C. V.)

7. Prevalencia del derecho al honor sobre el de libertad de información: falsa imputación al actor –recaudador de contribuciones– de «presumible desfalco» en la custodia de fondos públicos.—De los distintos motivos del recurso prevalece para la decisión estimatoria que se pronuncia, la denuncia de su motivo segundo, sobre el carácter ilegítimo de la intromisión, artículo 7.7. «...Y una vez establecida por la doctrina esta forma de intromisión ilegítima, mediante la asociación de una persona con hechos de carácter delictivo ajenos al mismo, cual es nuestro caso (en el que, no solamente se mezclan en el mismo reportaje noticias que nada tienen que ver la una con la otra, sino que además se equiparan de forma expresa), la noticia resulta calumniosa y encaja perfectamente en lo previsto en el artículo 7.7 de la LO 1/1982, que tipifica uno de los supuestos de intromisión ilegítima, resultando vulnerado el mismo, en nuestro parecer, por la sentencia recurrida en casación»; y motivo tercero, cuando subraya la no veracidad y no neutralidad del reportaje [...].

Prevalecen ambos motivos porque, en cuanto a la no veracidad, la misma existencia de la rectificación publicada al día siguiente según los «facta» demuestra esa inexactitud o falta de verdad y, por tanto, a tenor de un elemental entendimiento de los efectos de una noticia publicada en la prensa local en la que, literalmente, se acusa al recurrente, que al igual que ocurrió con el recaudador de Ávila que está ingresado en la prisión por desfalco, y que «ahora se investiga al de la zona de Piedrahíta por hechos similares», es de tal gravedad habida cuenta la función específica de ese cometido del recaudador afectado como depositario de fondos públicos y, con la exigencia de un extremado celo en su probidad en la gestión de dichos fondos, lo que, desde luego, no puede eliminarse o neutralizarse porque al día siguiente se diga por el mismo medio que su gestión «está libre de sospechas» porque, en cualquier ambiente social en que se dé cuenta de la noticia y, que es general por el medio de difusión empleado, la erosión y hasta deshonra en la estima social y profesional del interesado son mayúsculas, al atacar la noticia, se repite, en la misma esencia de su elemental deontología profesional (por ello, el Fiscal con acierto habla de que la imputación de malversación es de lo más afrentoso para quien asume esa función de recaudador de fondos públicos) y, sin que sea de recibo la discutible línea de argumentación que la Sala emplea al distinguir lo que es una noticia de lo que es una «investigación», porque, en su misma caracterización de ambos conceptos, no es posible sostener una diversidad como la que hace la Sala, en la idea de que, si la noticia es relevante, la «investigación» de los hechos no, ya que, en cualquier lenguaje coloquial o jurídico, toda noticia ha de entenderse en su literal contexto y, si se dice que «se investiga por hechos similares» a ese desfalco y, que la honestidad del recaudador «está en duda», no cabe reducir o eliminar el deshonra o la afrenta porque no se imputen al mismo hechos ciertos sobre esa patología, por lo demás, solo posible mediante una declaración judicial.

Igualmente, en cuanto a la existencia exonerativa del reportaje neutral (sobre el mismo, SS de 22 de enero de 2002, 11 de febrero y 30 de junio de 2004), también se comparte el motivo porque es insostenible la tesis de la recurrida de que, siendo la fuente de la noticia las mismas declaraciones del codemandado Presidente de la Diputación de Ávila –del que se desistió– no es posible compulsar si se respetó o no esa fuente o si la codemandada se excedió en su publicación, porque, como se dice por el Ministerio Fiscal, esa carga de la prueba en perjuicio del actor es insostenible por cuanto es el autor de la noticia el que habrá de acreditar la fidelidad reproducida. (STS de 18 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–El actor, recaudador de la contribución en la zona de Piedrahíta, acciona contra el Presidente de la Diputación de Ávila, *Prensa Española, S. A.*, y la autora de una información en el periódico *ABC* en la que, a raíz de una denuncia por desfalco presentada por la Diputación de Ávila contra el recaudador de la ciudad y posterior ingreso de éste en prisión, se decía en subtítulo: «La Diputación Provincial investiga ahora al de la zona de Piedrahíta». La información atribuía al recaudador de Piedrahíta «hechos similares» y manifestaba que «estaba siendo investigado por la Institución Provincial» y había sido «suspendido en sus funciones». Estas afirmaciones fueron desmentidas en información posterior aclarando que no había investigaciones en curso y que la suspensión obedecía a desacato e incumplimiento de sus funciones. El Juzgado de Primera Instancia no acogió la demanda y la Audiencia Provincial desestimó la apelación del actor. Interpuso entonces éste recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar. (*R. G. S.*)

8. Derecho a la propia imagen: límites. Inaplicación, en el caso, del parámetro de los «usos sociales» y de la «conducta propia» de quien denuncia la vulneración de su derecho.–La justificación que los recurrentes tratan de imponer para legitimar la publicación de las fotografías no son de recibo casacional e indudablemente el suceso precedente no les blindaba en modo alguno para llevar a cabo actos graves de intromisión y vulneración de la propia imagen de la demandante, pues si hay que reconocer que la misma estaba integrada en la parcela social conocida popularmente como «mundo del corazón», ello no significa atribuirle sin más una posición y conducta siempre censurable. Las gentes son libres e incluso cabe hablar de interesarse y seguir los avatares, incidencias, amores, desamores e infidelidades de sus protagonistas, siendo hechos sociales aceptados y divulgados con exceso y reiteración en publicaciones especializadas en la materia, como programas radiofónicos y televisivos que las difunden y se alimentan de estas noticias y que en ocasiones están deseando que ocurran, para así poder llevar a cabo entrevistas y largos e inacabables debates sobre la cuestión que suponga actualidad.

Pero tema distinto es el límite y respeto que establece la Constitución a los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen (art. 18) que en modo alguno quedan a la plena disponibilidad de terceros cuando no concurre consentimiento de clase alguna y menos para su aprovechamiento en beneficio económico.

En el caso que nos ocupa se trata de publicación de la propia imagen de la actora y en lugar tan íntimo como lo es la cama y por ello las fotos no fueron tomadas en lugar público y se reprodujeron contra su expreso consentimiento, ya que requirió notarialmente a la revista a tal efecto, acta que fue recibida por la editora cuando el número 1189 estaba ya a la venta en la calle, pero desoyó por completo su total oposición, al reiterar la publicación en números sucesivos, incurriendo así en repetición decidida, que merece el reproche más enérgico.

La notoriedad pública o fama de la actora y ante los hechos denunciados no hacen aplicable el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, que delimita la protección civil al honor, de la intimidad y de la propia imagen por los usos sociales. Aquí se trata de haber ocasionado voluntariamente invasión de un ámbito estrictamente privado cuando la reproducción de la imagen lo es en la cama, tratándose de área reservada, por lo que claramente se trata de incursión totalmente injustificada, pues los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad, integrándose en el ámbito de la vida personal que queda sustraído a intromisiones extrañas; sobre todo cuando lo que se persigue es un sensacionalismo informativo, que en este caso fue precedido de publicidad comunicadora, presentándose como muy acusado el móvil mercantil.

Para resolver la cuestión que conforma el debate procesal se hace preciso dejar claro que han de quedar al margen conductas de la demandante, unas veces consentidas y otras no, que propiciaron la divulgación de circunstancias diversas de su vida privada, ninguna parecida a la que nos ocupa. El riesgo a que están sometidos y asumen los personajes reputados como famosos, han de entenderse como un riesgo limitado, moderado y medianamente razonable y en modo alguno sirve para amparar hechos como los que aquí han sido denunciados, recobrando las personas ofendidas condición de particulares y con la plenitud de derechos para defender su intimidad e imagen cuando injustamente han sido atacadas.

No se trata de propia noticia de interés estrictamente público (STC, de 4 de febrero de 1992), sino más bien de comunicación o «chismorreo» de la vida íntima ajena, para satisfacer oscuros morbos de los interesados. La relevancia comunicativa no puede confundirse con la simple satisfacción de la curiosidad ajena, muchas veces fomentada en su mala orientación y que no se acomoda a lo que debe entenderse por libertad de información, pues así se aleja de su verdadero sentido y finalidad y se degenera, causando daños, a veces irreparables, a quienes resultan afectados.

Conforme a la jurisprudencia civil, las conductas propias, actos y pautas de comportamiento de quien resulta ofendido no juegan a efectos de apreciar infracción del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 y no limitan el derecho a la protección, pues no ha concurrido autorización alguna para la explotación de la imagen. Los usos sociales no son tan ilimitados que autoricen su captación en una situación de intimidad como aquí ocurre y mucho menos su publicación. **(STS de 11 de noviembre de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La revista *Interviú* presentó en portada y a toda plana fotografías de M. F. —demandante— en la cama con el Conde L. El reportaje del interior aparecía también adecuadamente ilustrado. En un número posterior de la publicación volvió a reproducirse una de las fotos íntimas de los «famosos» incluyendo un artículo sobre el personaje que había hecho llegar las imágenes a la revista.

Hubo un tercer número en el que las fotos antedichas volvían a aparecer en páginas interiores. La demandante solicitó del Juzgado que declarase la intromisión ilegítima de *Interviú* en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, condenase a la revista a indemnizarle los daños morales sufridos y a destruir el soporte de las referidas fotografías y que advirtiera al semanario y demás implicados de que se abstuvieran en el futuro de realizar actos semejantes en relación con su persona. La demanda fue estimada y en apelación se confirmó la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por el director de *Interviú* y *Ediciones Zeta*. (R. G. S.)

9. Derecho a la propia imagen: excepciones que justifican su publicación.—El motivo primero denuncia infracción del artículo 20.1.d) CE y doctrina constitucional que lo interpreta, en especial la STC 132/1995, de 11 de septiembre, motivo primero que ha de ser tratado conjuntamente con el tercero en que se denuncia infracción del artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con el artículo 7.5 de la misma Ley.

El Tribunal Constitucional –S 132/1995, de 11 de septiembre– tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras –escritas u oralmente vertidas–. El artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trata de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público...; c) la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoría. La excepción contemplada en el párrafo a) no será de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Dice la S de 14 de marzo de 2003: «Esta Sala viene declarando: 1) Cuando se trata de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público se excluye la protección de la imagen (SS de 26 de octubre de 1956, 29 de marzo, 7, 3, 21 y 24 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1997, 27 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2000, 12 de julio –a contrario sensu– y 14 de noviembre de 2002); 2) la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio. La S de 25 de octubre de 2000 declara que constituye una «enumeración ejemplificativa»; la de 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC, de 22 de abril de 2002) dice que la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc. Y la S de 24 de octubre de 1996 incluyó dentro del precepto la condición de Comisario de Policía; 3) las excepciones enumeradas en el artículo 8.2 son enunciativas (SS de 28 de octubre de 1986 y 25 de septiembre de 1988); y 4) El concepto de «accesoriedad» en la Ley [art. 8.2.c)] hace referencia «a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico»

(S de 19 de octubre de 1992); no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (S de 19 de octubre de 1992) pero sí en otro caso (SS de 21 de octubre y 28 de octubre de 1996, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000-*obiter*-).» En aplicación de estos criterios la citada S de 2003 reconoce la condición de «cargo público» a un Policía Municipal y tanto más a un Sargento de dicha Policía.

En el supuesto ahora enjuiciado no resulta discutida la veracidad de la noticia publicada ni el interés público o general de la misma. Y de acuerdo con los criterios expuestos en la citada S de 14 de marzo de 2003, ha de considerarse al demandante como «cargo público», habiéndose captado la fotografía en el ejercicio propio de sus funciones. No queda acreditado que las funciones realizadas por el demandado exigiesen del anonimato, así es de ver como en el reportaje publicado en *La Provincia Dominicana* del día 5 de febrero de 1995 aparecen varios Guardias Civiles con perros adiestrados en la detección de drogas actuando sin que se haya adoptado ninguna medida para evitar ser reconocidos, no obstante permitir las fotografías su perfecta identificación. Y en el texto escrito de ese reportaje se hace mención al demandante, citándole por su nombre y apellidos, en relación con la forma de actuar del perro «Lagun» del que es cuidador.

En consecuencia procede la estimación de los motivos primero y tercero. (STS de 1 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra en la fotografía del actor que publicó el diario *La Provincia* de Las Palmas de Gran Canaria. El periódico dio noticia de la aprehensión de un alijo de hachís en el aeropuerto de Gando, donde el demandante, Guardia Civil, prestaba sus servicios. Ilustraba la información una fotografía del agente, adscrito al Grupo Cinológico del Cuerpo y en funciones de detección de droga en el aeropuerto, con un perro sobre la cinta transportadora del equipaje. Al pie de la foto figuraba el texto: «“Lagun”, un schnawzer de dos años, descubrió el alijo». El agente presentó demanda sobre protección jurisdiccional del derecho a la propia imagen que el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente (reduciendo a quinientas mil pesetas la indemnización de veinte millones solicitada). La Audiencia Provincial de Las Palmas confirma la resolución de instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la editorial del periódico y su director. (R. G. S.)

10. Capacidad contractual: su inexistencia –por carencia de capacidad natural– no requiere la previa incapacitación judicial.—En el segundo motivo se denuncia la violación del artículo 210 CC, al haber declarado la Audiencia Provincial la nulidad de un contrato sin una previa incapacitación de quien lo perfeccionó en la posición de vendedora.

En el motivo cuarto se sostiene, con el mismo fundamento normativo, que se ha infringido el artículo 1263.2 CC. [...] Al basarse los dos motivos en la misma argumentación, se da una respuesta conjunta a ambos, la cual debe partir de la distinción entre incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su enten-

dimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado.

Los artículos 199 y SS. CC se refieren a la segunda, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida en que cada caso se determine (art. 210 CC), por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley (arts. 199 y 200 CC), mediante una sentencia judicial que la declare (art. 199 CC) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado. Desde ese momento, los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (arts. 1263.2 y 1301 CC).

Sin embargo, el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual [...] cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la S de 4 de abril de 1984 precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente.

En este sentido, la jurisprudencia (SS de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974, 23 de noviembre de 1981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo.

Por lo expuesto, la Audiencia Provincial, al declarar la nulidad del contrato de compraventa celebrado por la madre de la actora con sus hermanos, no ha infringido el artículo 210 CC, pese a que no hubiera sido previamente declarada incapaz por resolución judicial. Como se ha dicho, la causa de nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir, destruida con prueba bastante la presunción *iuris tantum* de la capacidad de obrar de que se trata.

Alcance del juicio notarial sobre la capacidad.—En el cuarto motivo los recurrentes sostienen que se han infringido los artículos 1 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 y del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944.

Con la invocación de tales normas los recurrentes atribuyen valor definitivo a la afirmación del Notario de que, a su juicio y no sólo por lo manifestado por los otorgantes, éstos tenían capacidad para otorgar el acto documentado (art. 156.8.º del Reglamento).

Tal enjuiciamiento sobre la capacidad natural de la vendedora, sin embargo, no puede tener la consideración de definitivo o inatacable, pues no está amparado por la fe pública (art. 1218 CC). Declaramos en las SS de 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 y 4 de mayo de 1998 que la aseveración notarial respecto de la capacidad de los otorgantes constituye una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

El motivo debe ser desestimado (STS de 19 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, en su condición de hija única y heredera *abintestato* de su difunta madre, pretendió en la demanda la declaración de nulidad de un contrato celebrado por la fallecida en cuanto ésta, por su demencia senil, carecía del entendimiento y voluntad necesarios para efectuarlo. Pretendía también, como lógica consecuencia, la declaración de nulidad de la venta que los compradores —hermanos de la difunta— habían hecho de los inmuebles previamente adquiridos. Finalmente, solicitaba se declarase que los inmuebles —por las razones antedichas— no habían salido de la herencia de su madre y eran, por tanto, de su propiedad. La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda. La Audiencia Provincial desestimó la apelación de los demandados quienes interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo dictó, igualmente, sentencia desestimatoria. (*R. G. S.*)

11. Grados de incapacitación.—«Al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad, trasunto del principio de la dignidad de la persona, rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley; observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance; adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de idoneidad, en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido en la determinación del ámbito de la restricción». (**STS de 30 de junio de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal instó la declaración judicial de incapacidad del señor J. M. F., el cual se afirmaba que presentaba una oligofrenia con personalidad psicopática que le imposibilitaba para el gobierno de su persona y bienes. La defensora judicial nombrada al efecto, consideró que debía declararse sólo la incapacidad parcial, nombrando como curador a la Fundación Germà Tomàs Canet (a la cual, el padre del presunto incapaz instituyó, en su testamento, como tutora de su hijo en caso de que éste fuese declarado incapacitado), que debería asistir y autorizar al señor J. M. F. en algunos actos determinados. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta, y declaró al señor J. M. F. totalmente incapaz para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, acordando se procediese a la constitución de la tutela. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la defensora judicial. Esta interpuso finalmente recurso de casación articulado en dos motivos en base a la infracción de los artículos 200, 208 y 210 CC. Postuló que se declarase la nulidad de las sentencias de instancia y se retrotrajeran las actuaciones al momento de la práctica de la prueba pericial, o alternativamente en defecto de ello, se declarase el grado o alcance de la incapacidad que, en ningún caso, podía ser absoluta, pues se trataba de una persona con ligera o mediana debilidad mental que en ningún caso conllevaba una incapacidad total o absoluta. (*E. C. V.*)

12. Alcance del artículo 208 CC.—Es doctrina consolidada que «el examen o inspección personal del demandado constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones. Bajo la vigencia del artículo 208 CC, el examen personal del presunto incapaz se imponía siempre al Juez de Primera Instancia pero no así al Tribunal de apelación, el cual solamente se entendía obligado a dicho examen si había formado una opinión distinta de la del Juez y decidía que debía declarar la incapacidad no establecida por la sentencia de primera instancia o incrementar la gradación de la misma». El Tribunal añade «dado que en el presente caso la Audiencia coincidió con la decisión del Juez *a quo* y que, por otra parte, el demandado-apelante no interesó la práctica de prueba alguna en segunda instancia ha de concluirse que no existe la infracción del artículo 208 CC, por lo que debe ser desestimado el motivo objeto de consideración».

El requisito de la persistencia de la enfermedad y la posterior modificación del alcance de la incapacitación.—En la resolución se parte de la base de que la persistencia de la enfermedad no es incompatible con la existencia de fases de la misma de mayor o menor intensidad siempre que exista gravedad y permanencia firme del padecimiento, lo que considera especialmente aplicable al supuesto de hecho, pues, si por una parte, el demandado sufría ideas delirantes relativamente estables, generadoras de un deterioro de su evaluación de la realidad que le impedía dirigir su vida y bienes de forma lógica y corriente, no podía olvidarse, por otra parte, que existía la posibilidad de que el sometimiento a un tratamiento adecuado, en forma rigurosa, llegase a determinar una importante mejoría. En este sentido, la sentencia de incapacitación no impedirá que sobrevinidas nuevas circunstancias pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación establecida. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal formuló demanda en la que solicitaba la declaración de incapacidad del señor C. A. R. para regir su persona y bienes. Seguidamente, el Juzgado dictó sentencia en la que disponía que se nombrase defensor judicial del presunto incapaz a señor J. A. R. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y declaró al señor C. A. R. totalmente incapaz para gobernar su persona y sus bienes, debiendo rehabilitarse la patria potestad que sería ejercida por sus padres. La representación procesal del señor C. A. R. interpuso recurso de apelación que fue desestimado, confirmándose la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Finalmente es interpuesto recurso de casación que se apoya en la vulneración de los artículos 200 y 208 CC, por entender que la incapacitación ha de fundarse en una enfermedad o deficiencia grave que debe ser constante, con permanencia hacia el futuro y que impida al interesado gobernarse por sí mismo, y que, dado el escasísimo material probatorio obrante en autos, no es posible llegar a esa conclusión. (E. C. V.)

13. Capacidad de las personas: presunción legal de su existencia e integridad. Condiciones de su limitación.—El Tribunal Supremo aprecia únicamente una situación de incapacitación limitada, basándose en que, al

ser la capacidad de las personas físicas un trasunto del principio de la dignidad de la persona, rige la presunción legal de su existencia e integridad. De tal modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacidad sólo puede acordarse por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacidad; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (pruebas concluyentes y rotundas; adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites al grado de inidoneidad; aplicación de un criterio restringido en el ámbito de la restricción).

Ámbito de la curatela.—Aplicando la doctrina anterior, se aprecia en el sujeto —aparte de una importante carencia de instrucción que exige un remedio de culturización adecuado— un retraso mental discreto que precisa se complemente, integre y asista en el aspecto patrimonial mediante la institución intermedia de la curatela.

No se aprecia inhabilidad para gobernarse por sí mismo, y por ello, se hace innecesario establecer la tutela, bastando la protección y apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia, que es el relativo a los bienes (arts. 200, 210 y 287 CC).

Extensión y límites de la curatela: su determinación en la sentencia.—La ley permite no efectuar una especificación sobre la extensión y límites de la restricción y control de la institución tuitiva. En tal caso, la intervención del curador se extiende a los mismos actos en que los tutores precisan autorización judicial. Para el caso en litigio, el Tribunal Supremo prefiere determinar el ámbito de la curatela del incapacitado, aun reconociendo la dificultad que ello implica, por no existir fórmulas genéricas idóneas y poder resultar defectuosas o insuficientes las casuísticas. Se establece la no pertinencia de restricciones en el ámbito personal. Se circunscribe la asistencia que la curatela implica al campo patrimonial. (STS de 30 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal insta la declaración judicial de incapacidad de S., nacido el 11 de octubre de 1957, y que, según se afirma, padece oligofrenia (con coeficiente intelectual de 78) con personalidad psicopática que le imposibilita para el gobierno de su persona y bienes.

Fallecido su padre, S. está internado en un centro asistencial y carece de parientes próximos. Instituido heredero universal por su padre, éste mismo, en su testamento dejó establecido que, para el caso de que se declarase la incapacidad de su hijo, se nombrase tutor del mismo a quien ostentase la representación del Centro de la Fundación Tutelar *Hermano Tomás Canet*, dependiente del Centro asistencial en que S. se encuentra internado. La Defensora judicial nombrada al efecto considera que sólo debe declararse incapacidad parcial y asignación de curador, que deberá asistir y autorizar a don S. en actos patrimoniales de gran trascendencia. La sentencia de primera instancia declara a don S. totalmente incapaz para gobernarse a sí mismo y administrar sus bienes, acordando la constitución de tutela. La Audiencia Provincial desestima la apelación interpuesta. La parte demandada promueve recurso de casación. (S. M. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Nulidad de contratos con base al Derecho comunitario (art. 12 del Reglamento 84/1983): contravención del plazo legal de duración del contrato y excepciones.—Dichas partes recurrentes plantean como pretensión, que a su vez sirve de base a su tesis casacional, la nulidad de los referidos contratos con los efectos registrales y para terceros que se deriven legalmente de tal declaración, ya que los mismos constituyen un fraude por contravenir el mandato en esta materia de la legislación comunitaria – concretamente el art. 12.1 letra c) del Reglamento 84/1983, de 22 de junio, que determina que este tipo de acuerdos se hallan limitados temporalmente a una duración de diez años.

[...] Hay que decir que el artículo 12-1.c) del Reglamento de la CEE 84/1983, de 22 de junio, en relación con el artículo 85-1 del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957 –actualmente el art. 81-1 del Tratado de Ámsterdam de 1997– es absolutamente aplicable al caso controvertido. Y en este sentido hay que tener en cuenta lo explicitado en las sentencias de esta Sala de 30 de diciembre de 1993 y de 2 de junio de 2000.

Pero también hay que decir que aunque el «contrato para la explotación de estaciones de servicio, de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento» celebrado el 4 de junio de 1992 se pactó por una duración de veinticinco años, no significa ello que se haya infringido la limitación temporal de diez años a la que se refiere el citado artículo 12.1.c) del Reglamento CEE 84/1983, ya que tal limitación encuentra su excepción absoluta en el número 2 del referido precepto que dice literalmente: «No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicios que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente Título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio».

Lo que aplicado al presente caso no cabe la menor duda de que los datos de la controversia son perfectamente subsumibles a dicho precepto. En efecto, aquí hay un arrendamiento efectuado por un usufructuario y la fijación de un período que es una excepción al plazo general de diez años, ya que se ha fijado como el de explotación efectiva de la estación de servicio el de veinticinco años. **(STS de 23 de diciembre de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—La empresa *L'Andana, S. A.*, otorgó por contrato de fecha 4 de junio de 1992 la cesión en usufructo a *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, de una estación de servicio por un tiempo de veinticinco años. *Repsol, S. A.*, cedió en arrendamiento la explotación de la estación de servicio a *Estaciones de Servicio L'Andana, S. A.* *L'Andana, S. A.*, y *Estaciones de Servicio L'Andana, S. A.*, demandan a *Repsol, S. A.*, solicitando del Juzgado la declaración de nulidad de los contratos respectivamente celebrados con la petrolera por contravenir la normativa comunitaria. La sentencia fue desestimatoria. De igual manera, la Audiencia desestimó el recurso de apelación de las actoras. No ha lugar al recurso de casación que interponen las demandantes. *(R. G. S.)*

15. Concepto de simulación absoluta. La simulación de insolvencia.—La simulación absoluta tiene lugar cuando las partes de un contrato lo formalizan con la finalidad de crear la apariencia de que existe pero sin que haya voluntad de celebrarlo, de manera que la apariencia formal no se corresponde con la situación real. Es decir, se crea la apariencia de un contrato pero, en realidad, no se desea que nazca, de modo que al ser falsa la causa expresada en el contrato y no existir otra causa verdadera y lícita, falta la causa del contrato y se produce la nulidad del negocio. El artículo 1277 CC no es aplicable a los casos de simulación absoluta ya que este artículo se refiere a aquellos casos en que la causa no se expresa en el contrato, no a aquéllos en que se expresa pero se discute si es o no real, y además «al existir simulación absoluta, el contrato es nulo o ineficaz [rectius, inexistente], por lo que huelga hacer aplicación al caso examinado de la presunción que, respecto de la existencia de causa, se hace en el expresado artículo 1277, por lo que éste no es posible considerarlo infringido por el Tribunal *a quo*» (SSTS de 30 de diciembre de 1996 y 3 de mayo de 2000). En este sentido, un tipo de simulación se produce en los casos de simulación de insolvencia, que son aquellos en que se crea una situación ficticia de insolvencia de uno de los contratantes con la finalidad de defraudar a los acreedores.

Prueba de la simulación de un contrato.—Dado que la prueba directa de la simulación de un contrato es una tarea difícil, se acude a la prueba por presunciones prevista en el artículo 1253 CC. En este sentido, la prueba de la simulación normalmente se desenvuelve sobre la base de una pluralidad de indicios, que valorados de forma individual no permiten apreciar la existencia de la simulación, sin embargo, valorados de forma conjunta, permiten llegar a la conclusión de la falta de causa y, por consiguiente, la inexistencia del contrato. (STS de 3 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1992, la sociedad *Martrac, S. A.*, en aplicación de un acuerdo adoptado por la Junta General de Accionistas, adjudicó unos bienes inmuebles en pago de deudas sociales a favor del señor R. T. van C. El señor R. T. van C. interpuso demanda de tercera de dominio en relación con un procedimiento de apremio en el que eran ejecutantes los señor A. N. V. y la señora A. M. B. y ejecutada la sociedad *Martrac, S. A.*, y en el cual se embargaba un apartamento de la sociedad que había sido adjudicado al demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, ya que se consideró que la adjudicación de bienes había sido un negocio simulado con finalidad defraudatoria. El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que desestimó el recurso al considerar que se encontraba ante un supuesto de simulación y que había sido apreciada correctamente conforme a la prueba de presunciones. (M. V. V.)

16. Apreciación por presunciones de la simulación.—La simulación es una cuestión de hecho, que sólo puede ser revisada en casación por el cauce del error en la valoración de la prueba. La declaración de simulación con base en presunciones es una técnica admitida por el Tribunal Supremo (SSTS de 27 de noviembre de 2000 y 22 de julio de 2003, entre otras) y corresponde al juzgador de instancia, de modo que el recurso de casación sólo prosperará si

la deducción resulta arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano (SSTS de 14 de junio de 2002, de 13 de febrero de 2004 y 20 de mayo de 2004, entre otras). **(STS de 11 de noviembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—Los señores J. M. G. G. y S. G. S. compraron dos viviendas a la empresa *Construcciones Gargilsa, S. L.*, que se documentaron en dos contratos privados. Los compradores interpusieron demanda contra la empresa vendedora en la que solicitaban que se declarase su condición de propietarios de aquellas viviendas así como que se declarase la obligación de la empresa vendedora de otorgar las escrituras públicas correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón estimó la demanda, declarando la validez de ambos contratos de compraventa y condenando a *Construcciones Gargilsa, S. L.*, a entregar las escrituras públicas correspondientes. La demandada interpuso recurso de apelación contra esta resolución, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial de Oviedo, ya que consideró que el contrato celebrado entre la señora S. G. S. y la empresa recurrente era un contrato de compraventa simulado. La actora interpuso recurso de casación contra esta sentencia, ya que consideraba que no se habían valorado de forma adecuada las pruebas. El Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que el juzgador de instancia no había incurrido en ningún error al apreciar la existencia de la simulación del contrato basándose en presunciones, como, por ejemplo, la falta de prueba de la existencia del pago por parte de la compradora. (*M. V. V.*)

17. Derechos de tanteo y retracto.—La afirmación de que el tanteo y el retracto son dos modalidades de un mismo derecho de adquisición preferente constituye una verdad relativa. Aunque pertenecen al mismo género, el hecho de que el primero opere antes de la venta y el segundo después de ella, otorga a ambos sustantividad propia. Esa sustantividad explica que, cuando tienen origen legal, unas veces consista sólo en el retracto (*v. gr.*, arts. 1522 y 1523 CC) y, otras, en el retracto previo tanteo, bien cumulativamente (*v. gr.*, arts. 1636 a 1638 CC), bien sólo para el caso de que hubiera fallado la notificación precisa para el tanteo (art. 25 LAU de 1994).

Derechos de adquisición preferente de naturaleza personal.—El alcance de los derechos de adquisición preferente de origen convencional depende de la voluntad de los constituyentes. Cuando se trate de un derecho de tanteo de naturaleza personal, sólo se podrá ejercitar *inter partes* y no frente a terceros. En tal caso, al ser un derecho de crédito, el tanteo no producirá efectos *erga omnes*, por lo que, en el supuesto de que se incumpla la obligación (lo que sucederá si la deudora omite la notificación y celebra la venta sin respetar la preferencia), la acreedora podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no podrá convertirse en compradora sustituyendo al tercer adquirente.

La doctrina y la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 24 de octubre de 1990 y 25 de abril de 1992), sin negar la eficacia meramente relativa del contrato, admite su oponibilidad a terceros, cuando estos conozcan o hayan podido conocer su contenido, así como cuando se trate de un contrato celebrado con daño a tercero. Ahora bien, que el contrato del que deriva la preferen-

cia sea oponible al tercero que lo conoce o que el posterior contrato de compraventa pueda considerarse dañoso para el titular del tanteo, no significa que el adquirente deba soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del primer contrato como si se tratara, en realidad, de un derecho real. (STS de 16 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de noviembre de 1975 los tres propietarios del manantial de aguas minero medicinales denominado *La Mina* se obligan a suministrar al *Balneario Prats* (que pertenecía en ese momento a uno de los propietarios del manantial) treinta y seis mil litros diarios de agua. Ese mismo día los copropietarios arriendan el manantial a *Malavella, S. A.* En ese contrato se incluye una cláusula, según la cual, si la dueña del balneario quisiera venderlo, debería comunicar por escrito su propósito previamente a los otros propietarios del manantial, a fin de que pudieran adquirirlo.

En noviembre de 1979, la sociedad *Malavella* amplía su capital mediante la emisión de nuevas acciones, las cuales fueron suscritas por los tres propietarios del manantial, que aportaron como contravalor la propiedad del manantial «con todos los derechos inherentes». Esto es, la sociedad arrendataria del manantial pasa a ser su dueña.

En 1987, doña M. C. C. C., propietaria del *Balneario Prats*, lo vende a la mercantil *Balneario Prats, S. A.*, que lo había arrendado hasta esa fecha. Por ello, *Malavella, S. A.*, formula demanda contra la vendedora y la compradora, en la que solicita el ejercicio del derecho de retracto sobre la finca vendida por el precio de setenta y cinco millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la acción de retracto. La Audiencia Provincial, de nuevo, estima la pretensión principal de la retrayente, pero no por el precio pactado —como había hecho el Juzgado—, sino por el superior de mercado. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. C. C. M.*)

18. Causa del contrato.—No hay ausencia de causa. Ni el sentido que razona la parte recurrente, en cuanto pretende vincular la garantía a un contrato que considera desaparecido al celebrarse otro posterior entre distintos sujetos, lo que se ha visto que carece de soporte fáctico por suponer una apreciación diferente de la sostenida en la resolución recurrida, ni en el de la infracción del artículo 1261.3 mencionado en el enunciado del motivo. Este precepto se refiere a la causa en sentido objetivo, a la que aluden las resoluciones de esta Sala diciendo que es el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad (SS de 8 de julio de 1983 y 25 de febrero de 1995), la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización (S de 17 de abril de 1997). Dicha causa genérica y objetiva —causa del contrato— se define e identifica por la función económico-social o práctica del contrato, que es la razón que justifica que un determinado negocio reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico.

En el caso se explicita o exterioriza por la calificación del contrato como de fianza, cuya función típica (art. 1822, párrafo primero, CC) es la de pagar

o cumplir [en el supuesto de autos, con el pago de una suma de 34.000.000 ptas.] por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

Mora: intimación extrajudicial.—El motivo se desestima porque la fecha 18 de agosto de 1992 a partir de la cual se condena al pago de intereses es la fijada en la demanda como en la que tuvo lugar el requerimiento a D. J. de D. V. para el cumplimiento de sus obligaciones de garantía derivadas del contrato reconocido el 19 de abril de 1988, y, aun cuando no existe un razonamiento específico sobre el particular en ninguna de las resoluciones de instancia, sin embargo tampoco consta la existencia de una contradicción concreta por parte del aquí recurrente. Y como la deuda era vencida, exigible y líquida, la intimación extrajudicial practicada por conducto notarial en dicha fecha resulta bastante para constituir al deudor en mora, al integrar una declaración de voluntad unilateral y recepticia de exigencia del cumplimiento hecho por el acreedor al deudor (SS de 27 de octubre de 1992, 8 de febrero de 2000, 25 de octubre de 2002), con la fehaciencia que resulta de su práctica por conducto notarial, y por todo ello, es correcta la apreciación de la resolución recurrida, de conformidad con lo establecido en el artículo 101, párrafo primero, CC. (**STS de 17 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, actuando para las respectivas sociedades de gananciales, demandan a D. J. de D. I. V., a su esposa y a su hijo, a la entidad *Codevisa* y a *Promociones Hoteleras Alibur, S. A.*, solicitando del Juzgado declare resuelto un contrato de permuta por el que las dos últimas entidades se obligaban a transmitir a los demandantes una participación en un determinado conjunto de edificaciones. Entre las peticiones de la demanda se incluía la de que, subsidiariamente, D. J. de D. I. V. —administrador— y su esposa fueran condenados al abono a los actores de 34.000.000 de pesetas más los intereses legales correspondientes desde la fecha en que D. J. de D. fue requerido para el cumplimiento del contrato cuya resolución se interesaba en el principal pedimento. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, acogiendo este extremo. Apelada la sentencia por los demandados, se estimó el recurso de la esposa de D. J. de D. que resultó absuelta. Interpone recurso de casación D. J. de D. declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

19. Subrogación del comprador en el préstamo hipotecario convenido por el vendedor: inexistencia. Se mantiene vivo el crédito del vendedor respecto al precio total pactado en el contrato de compraventa.—Las partes de un contrato de venta de fincas hipotecadas pueden, en ejercicio de su potencialidad normativa creadora (art. 1255 CC), pactar distintos expedientes para lograr la satisfacción del crédito del vendedor. A algunos se refiere el artículo 118 LH, cuyo primer apartado regula el que menciona el comprador recurrente como efectivamente convenido: el comprador se coloca en la posición deudora que corresponde al vendedor en la relación de obligación garantizada con la hipoteca, con efectos liberatorios. Pero en ese caso, el cambio subjetivo en la posición pasiva de la relación debe ser consentido por el acreedor (art. 1205), lo cual no quedó acreditado que sucediese en el supuesto de hecho enjuiciado. Por ello no se ha producido (no se ha probado) la desaparición de la vendedora del lado activo de la relación jurídica

ca de compraventa, en cuanto a la suma exigida en dicho contrato. Es ella la legitimada para exigir el cumplimiento de esa prestación (7.775.000 pts).

Constitución en mora. Intimación. Supuestos de mora automática: no se aprecian en el caso.—Los compradores impugnan la reclamación de intereses moratorios por entender que, para incurrir en mora y ser condenado al pago de los intereses correspondientes, era necesaria una interpelación de la acreedora no producida (arts. 1100, 1101 y 1108 CC).

En efecto, no consta probado que la acreedora hubiera reclamado el pago, extrajudicial o judicialmente a ninguno de los demandados. Conforme al artículo 1501 CC, el comprador debe intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, entre otros casos, si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1100 CC. Este precepto exige, para que se entienda producida la mora, además de un retraso en el cumplimiento de la prestación debida, que el acreedor reclame al deudor. Esta intimación puede ser judicial o extrajudicial y no está sometida a la exigencia de forma determinada. Pero no es precisa en todo caso. Según el mismo precepto, no lo es cuando su necesidad hubiera sido excluida por pacto o por Ley, ni cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de la época en que debía cumplirse la prestación fue motivo determinante para establecer la obligación. Ninguno de estos supuestos de mora automática concurren en el caso, a la vista de los hechos probados. En particular, no se sustancia el que se refiere al motivo determinante para contratar, porque, partiendo de que la prestación retrasada no estaba sometida a término esencial, el contenido del contrato de compraventa y las circunstancias concurrentes no permiten suponer que, en la voluntad de los contratantes, el tiempo del pago del resto del precio (hay que recordar que inicialmente se había previsto que los deudores lo pagaran al tercero prestamista, mediante un cambio de deudor, que finalmente no consta operado) tuviera la especial significación que la norma exige para que entre en juego la regla *dies interpellat pro homine*.

Extensión subjetiva de la inaptitud del incumplimiento para provocar la mora automática.—Esta inaptitud del incumplimiento para provocar la mora automáticamente es característica objetiva de la obligación, que alcanza a todos los obligados.

Deber constitucional de motivar las sentencias (art. 120.3 CE).—Deben considerarse suficientemente motivadas las resoluciones judiciales apoyadas en argumentos que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales en que se fundamenta la decisión; su *ratio decidendi*. Y a la luz de esa doctrina, hay que entender que la exigencia constitucional fue cumplida en la sentencia recurrida, ya que en ella se dio respuesta a la pretensión relativa a los intereses, por más que con argumentos que no han sido aceptados.

Infracción del artículo 1124 CC, dado que la parte demandante siempre estuvo dispuesta a cumplir: desestimación.—La acción ejercitada en la demanda no es la de resolución del vínculo, sino la de cumplimiento de lo pactado, prevista como alternativa, en el propio artículo 1124 CC; y, además, para el éxito de la misma, no constituye obstáculo la inexistencia de una voluntad rebelde al cumplimiento. Basta con que la prestación sea exigible y no se haya cumplido. (STS de 1 de septiembre de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don C. y doña C. formalizan un contrato de compraventa de vivienda con la *Promotora Inmobiliaria Maliaño, S. A.*

De los 9.400.000 pesetas en que los contratantes determinaron el precio de la compra, la promotora alega que los compradores no pagaron 7.675.000 pesetas. En el contrato se conviene que esta suma se entregará a la firma de la escritura, en julio de 1994, más el IVA. También se contiene que la vendedora se reserva la facultad de solicitar un préstamo y de constituir sobre la vivienda una hipoteca, para garantizar la devolución, en cuyo caso, los compradores deberían sustituirla en la posición de parte deudora frente a la prestamista. No hay constancia, en cambio, de que los compradores hubieran asumido, además de las responsabilidades derivadas de la hipoteca, la obligación personal con ella garantizada.

La cuestión sometida a decisión judicial por la vendedora consiste en determinar si los compradores deben a la demandante el precio que les reclamó en la demanda, con los intereses por demora. O si, por el contrario, los compradores quedaron obligados, no a pagar el precio (los 7.775.000 pts) sino a ocupar su posición como prestataria.

La decisión en las dos instancias fue favorable a la demandante-vendedora. (S. M. S.)

20. Requisitos de la acción de enriquecimiento injusto.—El éxito de la acción de enriquecimiento injusto exige la ausencia de una causa como título válido y eficaz del desplazamiento patrimonial. El Tribunal Supremo ha declarado que existe una causa justa y, por tanto, no prospera la acción de enriquecimiento injusto cuando «concorre sentencia u otra resolución judicial, suficientemente motivada y definidora de los derechos de los litigantes» (STS de 5 de mayo de 1997), lo cual sucede en aquellos casos en que se embarga, se subasta y se adjudica el bien en su conjunto, sin que se haya presentado una tercería dominio, ni se haya solicitado la nulidad de este proceso ni se haya pretendido la ineficacia de la declaración de obra nueva. (STS de 10 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, y el señor A. A. Z. celebraron en 1991 un contrato de suministro en exclusiva de la estación de servicio de Salorino. A pesar de que este contrato se truncó, la sociedad *Cooperativa Cacereña de Transportes (COCATRA)* continuó las obras de construcción de una gasolinera iniciadas en unos terrenos propiedad del señor A. A. Z. Estos terrenos fueron embargados y, a través de pública subasta, fueron adquiridos por *COCATRA*, quien, después de hacer la declaración de obra nueva, los vendió a los señores J. de N. H. y Á. R. F. La sociedad *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, interpuso demanda contra el señor A. A. Z. y *COCATRA* en la que solicitaba que la cooperativa le indemnizase por las obras realizadas o que le pagase la cantidad abonada en la adjudicación de los terrenos mediante la subasta, y que se resolviese el contrato de suministro celebrado con el señor A. A. Z. El señor A. A. Z. formuló demanda reconvenzional en la que solicitó que se declarase la resolución del contrato por incumplimiento de

las obligaciones de la sociedad *Repsol*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres estimó parcialmente la demanda y la reconvención, y declaró la resolución del contrato de suministro y absolvió a la cooperativa. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Cáceres. Contra su sentencia se interpuso recurso de casación por *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.* El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que no existió un enriquecimiento injusto por parte de la cooperativa. (M. V. V.)

21. Excepción de incumplimiento contractual.—Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debido a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual. Lo cual no se establece explícitamente sino que se deduce del artículo 1100, último párrafo, y del artículo 1124, ambos del CC.

La rebeldía exigida del incumplidor ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (S de 4 de octubre de 1983). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (SS de 11 de octubre de 1982 y 7 de marzo de 1983). La voluntad rebelde que se ha exigido en el incumplidor puede rebelarse por su prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento por la otra parte (SS de 10 de marzo de 1983 y 4 de marzo de 1986). Como recoge la S de 22 de mayo de 2003.

Las alegaciones de la recurrente, en definitiva, no desvirtúan la apreciación de las sentencias de instancia de que se ha producido el hecho determinante para dejar sin efecto el acuerdo (la falta de acuerdo entre los demandados y el *Banco Español de Crédito*) y se ha producido el incumplimiento de las obligaciones, toda vez que el simple ofrecimiento, sin entrega de los documentos necesarios, se efectúa transcurrido sobre un año por encima del plazo pactado de cinco días. (STS de 9 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*Mercala S. L.* y doña Marta P. reclaman a *Flapisa* y don J. C. la indemnización por daños correspondiente al incumplimiento de las prestaciones contractualmente pactadas. Es determinante el hecho de que con la misma fecha del contrato se otorgaron dos documentos privados por doña M. (en su nombre y en representación de *Mercala*) y don J. (en su nombre y en representación de *Flapisa*) en cuya virtud *Mercala* y doña M. se comprometían a levantar las cargas a su favor que pesaban sobre parte de las fincas objeto del contrato y *Flapisa* hacía depender el acuerdo de la condición de alcanzar un compromiso con *Banesto* para que la entidad

le cediera los créditos hipotecarios de que traía causa «el presente acuerdo». Queda probado que el acuerdo entre Flapisa y la entidad bancaria no se alcanzó y que los actores no entregaron a los demandados los documentos necesarios para la liberación de las cargas que gravaban los inmuebles. Así, el Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente los pedimentos de la demanda. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia inferior en lo relativo a las costas. Interponen los demandantes recurso de casación – desistió posteriormente doña M.– y el Tribunal Supremo dicta nuevamente sentencia desestimatoria. (R. G. S.)

22. Definición de mutuo disenso.—El mutuo disenso es un contrato extintivo o cancelatorio por el que las partes que han celebrado anteriormente otro acuerdan (*contrarius consensus*) que la regulación puesta en vigor con él pierda vigencia. Como contrato que es, debe reunir los elementos esenciales de todos los negocios jurídicos de esa naturaleza (art. 1261 CC).

Doctrina acerca de la prohibición de ir contra los actos propios.—Ello sentado, la referencia a la doctrina de los actos propios, para que se revise el supuesto de hecho definido en la instancia, evitando hacerlo por la estrecha vía de la valoración de la prueba (y tener que dar al planteamiento casacional un contenido meramente fáctico), no es afortunada.

La inadmisibilidad del *venire contra factum* nada tiene que ver con la teoría del contrato. Los actos propios no son tomados en consideración en cuanto declaraciones o actuaciones de voluntad destinadas a integrarse en un negocio jurídico de estructura bilateral. Ese tipo de actos de exteriorización de una voluntad negocial produce, como oferta o aceptación, el efecto que les corresponda según las normas sobre los contratos.

La regla de ir contra los actos propios, emanada de la cláusula general de buena fe, sirve para impedir que se dé el valor jurídico que en otro caso tendría un comportamiento determinado por ser contradictorio con otro anterior del mismo sujeto, a fin de proteger la confianza que la conducta previa generó fundadamente en la otra parte de la relación en que la futura sería coherente con la anteriormente llevada a cabo.

Al mutuo disenso, contrato extintivo, sólo se llega mediante declaraciones de voluntad, expresas o tácitas o actos concluyentes. Por ello, declarado que no hubo *contrarius consensus*, como se hizo en la instancia, por no haber ambas partes (propia, la vendedora) exteriorizado la voluntad de privar de vigencia al contrato de compraventa que habían perfeccionado, afirmar un mutuo disenso logrado por actos propios es elegir un camino, además de técnicamente incorrecto por las razones expuestas, inadecuado para revisar un supuesto de hecho afirmado en la instancia.

Resarcimiento de daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1124 CC.—Es claro que la decisión de condena recurrida no tiene fundamento en las normas de la mora (arts. 1100 y 1108 CC), ya que ésta presupone, además de un retraso en el cumplimiento, que éste sea todavía posible y satisfactorio para el acreedor, sino en el artículo 1124 CC que faculta al perjudicado a exigir el resarcimiento de daños y el abono de los intereses, en el caso de que ejercite cualquiera de las dos opciones que contempla y que, en este, fue la de resolver el vínculo contractual (pretensión estimada en la instancia). (STS de 15 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad Cooperativa Óleo España, Sociedad Cooperativa Andaluza* celebró un contrato de compraventa con la sociedad mercantil *Frint España, S. A.* En virtud del mismo, la primera sociedad vendía a la segunda cien mil kilos de aceite de oliva virgen que debía entregar a medida que el aceite se fuese produciendo. El precio de la compraventa se fijó en 525 pesetas el kilo, a pagar al contado con un anticipo en el momento de firmar el contrato. Ante la falta de pago de dicho anticipo por parte de *Frint España, S. A.*, así como su nula predisposición a recibir el aceite, *Óleo España* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Martos solicitando la resolución del contrato, así como una indemnización de daños y perjuicios. La entidad demandante cifró dicha indemnización en la diferencia existente entre el precio convenido en el contrato y el inferior por el que se había vendido el aceite a un tercero. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia por parte de *Frint España, S. A.*, la Audiencia de Jaén estimó parcialmente su recurso al considerar que la indemnización de daños y perjuicios debía identificarse no con la diferencia entre los dos precios, sino sólo con los intereses legales generados por la cantidad resultante de la resta. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Frint España, S. A.* (A. S. C.)

23. Compraventa civil. Concepto de «consumidor».—El Tribunal Supremo establece que el artículo 1.3 de la Ley 26/1984 excluye de la condición de consumidores o usuarios, únicamente a quienes adquieren bienes con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, no reuniendo condición de destinatarios finales. El actor es empresario agrícola pero debe considerarse consumidor, ya que nada se demostró sobre que se dedicase a actividades mercantiles o empresariales. Y más bien se trata de persona física, como requiere el concepto técnico de consumidor. Se recuerda por el Tribunal Supremo que el concepto de consumidor sólo puede ser atribuido a las personas físicas y así lo establece el artículo 2-b de la Directiva 1993/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993. Sin embargo el de profesional comprende tanto a personas físicas como las jurídicas y esta atribución es exclusiva conforme la S de 22 de noviembre de 2001 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Efectividad de la garantía constituida por el fabricante.—La sentencia recurrida decretó que la obligación de pago que se impone a la sociedad que recurre no provenía de la culpa extracontractual (art. 1902 CC), ni de la aplicación de la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, dado lo dispuesto en su artículo 10, sino de la garantía prestada y confirmativa de esencialidad contractual en la venta que tuvo lugar y sin dejar de lado que le asiste condición de suministradora en exclusiva, y como queda sentado, la responsabilidad que establece es ciertamente la obligación solidaria de reparar el daño que se impone a los plurales intervinientes en el proceso productivo, actuando a favor del consumidor y evitándole que tenga que dirigirse a un posible fabricante desconocido o extranjero (STS de 14 de julio de 2003).

De acuerdo con el artículo 1144 CC, el comprador está autorizado para demandar a las personas conocidas, en este caso son la Cooperativa vendedo-

ra y la recurrente como administradora en exclusiva, con aportación de garantías, lo que no supone infracción del artículo 27 LGDCU, sino su adecuada aplicación.

Interpretación del documento de garantía.—El artículo 11 LGDCU permite al usuario bajo el régimen de garantía, asegurarse respecto a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad del producto y si éste es defectuoso o resulta inútil, se le autoriza a hacer efectivas las garantías prestadas de calidad o nivel de prestación mediante la reclamación de la devolución del precio, para lo que es preciso se dé supuesto de incumplimiento, que aquí ha quedado suficientemente demostrado, pues el tractor adquirido resultó maquinaria completamente inhábil. Esto actuó como factor determinante para decretar la resolución de la compraventa al amparo del artículo 1124 CC.

En este caso, concurre grave y decisivo incumplimiento contractual, por haberse enajenado cosa diversa (*aliud pro alio*), con la consiguiente insatisfacción del adquirente. (STS de 21 de septiembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. contrata con la *Cooperativa de Agricultores de Gijón* la compraventa de un tractor. El tractor, fue suministrado por *Valmet España Tractores, S. A.*, distribuidora en exclusiva de *Sisu Tractores E, S. A.* (con sede en Finlandia). El tractor resultó no utilizable y el comprador reclamó frente a la *Cooperativa* (por incumplimiento de la vendedora) y frente a fabricante y su distribuidora (por la vía de la responsabilidad extracontractual o al amparo de la Ley 22/1994).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, establece resuelto el contrato de compraventa del tractor con la *Cooperativa* y condena a la *Cooperativa* y a *Sisu Tractores E, S. A.*, solidariamente, a la restitución del precio y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados. La sentencia fue recurrida por el demandante y por la compañía *Sisu Tractores-E, S. A.* La Audiencia Provincial desestima el recurso del demandante y estima parcialmente el interpuesto por *Sisu Tractores E, S. A.*, exonerándole del pago indemnizatorio. La sentencia es recurrida en casación por la compañía fabricante. (S. M. S.)

24. Arrendamiento de local de negocio. Incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa.—La entrega del local arrendado sin las condiciones necesarias para cumplir el destino pactado, no supone que el contrato carezca de objeto, sino un incumplimiento de la obligación de entrega impuesta al arrendador por el artículo 1554.1.º CC —precepto aplicable a los arrendamientos especiales—, así dice la S de esta Sala de 30 de mayo de 1994 que «siendo la obligación fundamental y pristina la de entregar la cosa objeto del arrendamiento (núm. 1.º del art. 1554 CC), ello presupone que dicha entrega lo sea con posibilidad de cumplimiento del destino pactado, ya que entregar, en el aspecto jurídico, en materia de arrendamiento, es efectuar desplazamiento de posesión, en relación de tal índole, con posibilidad de dedicación por el arrendatario a lo que se hubiese convenido, como base fundamentadora y motivo esencial del contrato en cuanto al destino a dar al local arrendado (S de esta Sala de 21 de noviembre de 1998)». En el contrato origen de este litigio sí hubo objeto; cuestión distinta es si se dio cumplimiento

o no a la obligación de entrega en el sentido jurídico antes dicho, por los arrendadores, incumplimiento que posibilitaría el ejercicio de la acción rescisoria (art. 1556 del CC), en tanto que la falta de objeto daría lugar a la inexistencia del contrato (art. 1261 CC). (STS de 18 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don A. C. G. y doña A. S. M. interpusieron demanda contra los también cónyuges don F. S. M. y doña M. C. B. S. en la que solicitaban que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento de un local comercial celebrado por los actores, en calidad de arrendatarios, y los demandados, en calidad de arrendadores. La resolución pedida se fundaba en el hecho que el local comercial arrendado no era apto para el fin pactado, esto es, un negocio de cervecería. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Madrid estimó parcialmente la demanda en el sentido de condenar a los demandados a la devolución de las fianzas entregadas y a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados en la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. Apelada la sentencia por parte del matrimonio arrendador, la Audiencia de Madrid estimó parcialmente el recurso en el sentido de dejar sin efecto la condena a la indemnización por daños y perjuicios, manteniendo el resto de pronunciamientos. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

25. Arrendamiento financiero. Exigibilidad del precio. Analogía con el préstamo.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 17 de junio de de 2003, 7 de marzo y 30 de abril, 3 y 10 de mayo de 2002 y 8 de mayo de de 2001), si bien no existe analogía entre el préstamo y el arrendamiento financiero —pues en este último la cantidad debida por el arrendatario no es consecuencia de una entrega previa de capital al mismo—, la exigibilidad del precio del arrendamiento surge, análogamente a lo que sucede en el préstamo, desde el momento mismo de la firma del documento, ya que, aun cuando se establezcan cuotas periódicas de amortización, producido el impago, la liquidez de la deuda se obtiene, simplemente, a través de una operación aritmética.

Preferencia de créditos. Artículo 1924.3.º CC.—Para la determinación de la preferencia de los créditos sin privilegio especial, se ha de estar a la fecha del documento público en que constan y no a la del requerimiento de pago o a la de la sentencia posteriormente recaída. (STS de 22 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*Lico Leasing, S. A.*, formula demanda contra *Combi, S. L.*, *Mapila, S. A.*, don A. H. H. y doña A. R. L., suplicando que se declare su mejor derecho frente a *Combi*, a cobrar de los demás demandados la cantidad que se le adeuda como consecuencia de un contrato de *leasing* celebrado mediante escritura pública el 3 de mayo de 1991, por cuanto que el crédito que ostenta *Combi* procede una sentencia dictada el 6 de octubre de 1993 en juicio ejecutivo contra sus ahora codemandados.

En primera instancia se desestima la demanda. La Audiencia Provincial acoge la pretensión de la demandante y declara preferen-

te el derecho de crédito del demandante en relación al crédito que ostenta *Combi* contra el resto de demandados. *Combi* presenta recurso de casación. (L. S. M. P.)

26. Leasing: concepto. Diferencia con la compraventa a plazos.—El contrato de arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, conocido como *leasing* es aquel contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto —que ella no ha producido sino que ha sido adquirida de un tercero — en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo.

La jurisprudencia, muy reiterada en este tema, ha dicho sobre el concepto, en SS de 28 de noviembre de 1997 y 20 de julio de 2000: «institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (S de 26 de junio de 1989). Además desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.^a en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario. Por otra parte, en el apartado octavo de dicha DA se dice que las Sociedades de Arrendamiento Financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición. Doctrina que han seguido sentencias posteriores, como, entre otras, de 21 de noviembre y 2 de diciembre de 1998, 20 de noviembre de 1999, 19 de enero de 2000».

El problema que con frecuencia se ha planteado en el contrato de *leasing* es su diferenciación con la compraventa a plazos: su concepto, su finalidad económica y su finalidad práctica son distintos; a veces se ha entendido que aquél era simulado, que disimulaba éste, pero esto ha ocurrido en casos muy excepcionales, como el que recoge la S de 28 de mayo de 1990 en que al precio simbólico de la opción de compra se unía la imposibilidad de que el arrendatario la ejercitara; pero ya las SS de 28 de noviembre de 1997 y 30 de julio de 1998 y otras muchas posteriores han destacado que este precio no es decisivo para negar la calificación de contrato de *leasing*.

Esta última, reiterada por la de 19 de julio de 1999, dice lo siguiente: «Carente este contrato de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico,

gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 21 del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno».

Actualmente, en legislación posterior no aplicable al presente caso, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, distingue claramente el arrendamiento financiero, como excluido de la Ley (art. 5.5) y con posibilidad de inscripción en el Registro de venta a plazos de bienes muebles (DA 1.ª).

Precio de la opción: irrelevancia de su cuantía a los efectos de calificar el contrato como *leasing*.—Ha sido constantemente reiterada la jurisprudencia de esta Sala de que la calificación de un contrato es función que compete al Tribunal de instancia y que debe ser respetada en casación, a no ser que sea ilógica, absurda o vulnere las normas de la hermenéutica contractual; así, para contratos de *leasing* lo han dicho las SS de 7 de febrero de 2000 y 30 de abril de 2002.

En el presente caso, la interpretación que han dado las sentencias de instancia caen en estas situaciones: la de primera instancia motiva la calificación de compraventa (disimulada) de bien mueble a plazos, en el escaso precio que como valor residual se ha fijado para el ejercicio de la opción de compra. Ésta no es razón válida y así lo ha dicho la jurisprudencia: así, SS de 2 de diciembre de 1999 («...no hay ninguna norma que haya de cumplirse en la fijación de aquel valor residual»), SS de 6 de marzo de 2001, 7 de marzo de 2001, 12 de marzo y 2 de diciembre de 2002 («no es suficiente, por sí solo, para poder desvirtuar la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero o *leasing* el importe más o menos elevado de la cuota residual pactada para ejercitar la opción de compra»). El precio de la opción, normalmente es o puede ser muy bajo, debido a que suele corresponder al resto pendiente de amortizar y a que se tiene en cuenta el demérito que ha sufrido la cosa por el uso durante el tiempo del arrendamiento. **(STS de 14 de diciembre de 2004; ha lugar.)**

HECHOS.—Entre *Unileasing* (después llamada *Hispaner Servicios Financieros*) y *Excavaciones Bergova, S. A.*, se celebró un contrato por el que esta última sociedad poseía en arrendamiento una excavadora pagando las rentas correspondientes, al término del cual podría ejercitar una opción de compra. La Tesorería de la Seguridad Social embargó la máquina y la financiera interpuso demanda de tercera de dominio. La sentencia del Juzgado la desestimó por entender que el contrato debía calificarse como compraventa a la luz de la insignificancia del precio de la opción, que —por

lo dicho— no cumplía su función económica de precio autónomo, siendo el precio real el que, con el nombre de renta, se había ido pagando. La sentencia de la Audiencia calificó igualmente el contrato celebrado como compraventa pero con distinto argumento pues la financiera —tal y como se había pactado— había ejercitado acción ejecutiva en reclamación de las rentas pendientes y el Tribunal interpretó esa conducta como una exigencia o reclamación del precio. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación que interpone *Hispamer*, declarando que la sociedad de *leasing* es la propietaria de la excavadora y prosperando, como consecuencia, la tercería de dominio. (*R. G. S.*)

27. Convenio vinculante que no puede considerarse derecho de retorno arrendaticio. Obligación *propter rem*.—Pese a no poder calificarse lo pactado de derecho de retorno arrendaticio encuadrable en el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sí constituía un convenio vinculante para las partes contratantes conforme al principio de libertad de pactos del artículo 1255 CC y perfectamente válido y exigible como fuente de obligaciones conforme a los artículos 1089 y 1091 del propio Código. Técnicamente bien podría calificarse de «obligación *propter rem*».

La compradora-codemandada ha de respetar el derecho de retorno de la actora-reconvenida pese a no haber sido parte del convenio en que tal derecho se pactó, en virtud de la nota marginal que hizo constar en el Registro de la Propiedad la afección del derecho de retorno pactado y en la constancia de la misma afección en la escritura pública de compraventa de la vivienda. Todo ello avala, además, el fehaciente conocimiento de la compradora de lo pactado entre inmobiliaria e inquilina e impide que la compradora pueda beneficiarse de la protección del artículo 34 LH.

Legitimación de la actora. Silencio de la inmobiliaria considerable como aceptación. Reglas de la buena fe.—Seis meses después de la firma de la escritura pública que establecía el compromiso de respetar el contrato de inquilinato, doña E. comunica fehacientemente a la inmobiliaria su subrogación, tanto en el contrato de arrendamiento como en lo convenido sobre traslado y retorno. El silencio o callada por respuesta de la demandada reconvincente sólo podía interpretarse, desde las reglas de la buena fe, como asentimiento a tal subrogación reconociendo a la hija de su inquilina unos derechos, tanto arrendaticios de la legislación especial como derivados de lo convenido en su día con la inquilina anterior. Tampoco desde las reglas de la buena fe podía la inmobiliaria discutir la subrogación de la actora, casi tres años después, cuando se vio demandada por haber faltado total y absolutamente a sus compromisos. Lo mismo cabe aplicar al silencio de la demandada-reconvincente frente al requerimiento de la actora, por el que ésta pidió retornar a la vivienda del edificio rehabilitado, un año después de la comunicación de su subrogación. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58 LAU-TR y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el silencio equivale a conformidad o asentimiento en este caso, porque las exigencias de la buena fe y el modo corriente y usual de proceder imponían a la hoy recurrente el deber de manifestarse, pudiendo hacerlo, como era el caso (SSTS de 17 de noviembre de 1995, 29 de febrero de 2000, 21 de marzo de 2003, entre otras).

Cumplimiento de requisitos del artículo 58.1 LAU-TR. La convivencia de la actora con la anterior inquilina.—La convivencia con la madre queda acreditada por un dato tan significativo como la identidad de los domicilios de la inquilina y su hija, hoy recurrida, constatada tanto en la escritura pública como en el documento privado complementario.

Interpretación de los contratos. Condena a la inmobiliaria a pagar los gastos de contratación de los suministros de gas, agua y electricidad a nombre de la actora en la vivienda de retorno, cuando lo pactado en la escritura pública sobre el derecho de retorno sólo obligaba a asumir los gastos de acometida.—Tales gastos eran una consecuencia necesaria del conjunto obligacional resultante de la escritura pública de acuerdo del derecho de retorno, puesto que el sentido global de lo pactado no podía ser otro que la indemnidad de la inquilina por los gastos de traslado y retorno. La invocación del artículo 1281.I CC no puede obedecer al inviable propósito de resultar favorecida la parte contractual incumplidora por su propio incumplimiento. (STS de 28 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña E., como mandataria de su madre, que era la inquilina de una vivienda y que fallece poco después, pacta (en documento privado elevado a escritura pública) un derecho de retorno con la promotora inmobiliaria que, después de comprar un edificio con viviendas arrendadas, lleva a cabo su rehabilitación. El derecho de retorno se hace constar en nota marginal a la inscripción registral de la vivienda afectada del edificio ya rehabilitado. El piso, una vez rehabilitado, es vendido por la inmobiliaria a doña J., elevándose la compraventa a escritura pública, en la que también consta la afección.

Doña E. demanda a la inmobiliaria y a la nueva adquirente, fundándose en lo convenido con la inmobiliaria. Ambas demandas se oponen y la inmobiliaria, además, formula reconvencción, alegando la nulidad relativa de lo convenido por falta de consentimiento de la inquilina o por dolo grave de su hija demandante, pidiendo la anulación de la referida nota marginal, y, consecuentemente, la restitución de las prestaciones pactadas por la rescisión del contrato de arrendamiento a cambio de cinco millones de pesetas, o, subsidiariamente, el traslado del contrato de arrendamiento a la vivienda facilitada tras el desalojo del edificio para su rehabilitación.

La sentencia de primera instancia aprecia incumplimiento contractual y estima parcialmente la demanda inicial, pero desestima la demanda respecto al derecho de retorno y a la subrogación de la actora en el contrato de arrendamiento. Demandante reconvenida y codemandada-reconviniente interponen sendos recursos de apelación. La Audiencia Provincial estima sólo parcialmente ambos recursos. Desestima la reconvencción y estima sustancialmente la demanda inicial, obligando a la promotora a cumplir lo convenido y a respetar a la actora como subrogada en el contrato de arrendamiento, manteniendo la renta originaria y condenando también a la compradora de la vivienda a dejarla libre.

Contra la sentencia de apelación recurren en casación la inmobiliaria demandada reconviniente y la codemandada-compradora de la vivienda. (S M. S.)

28. Arrendamientos rústicos: acceso a la propiedad e interpretación de la regla tercera del artículo 7.1 LAR 83/1980, de 31 de diciembre.—La doctrina jurisprudencial declara que la concurrencia de la circunstancia tercera del artículo 7.1 LAR de 1980 imposibilita el ejercicio por parte del arrendatario del derecho al acceso de la propiedad de la finca (entre otras, SSTS de 5 de mayo y 13 de octubre de 1993, 7 de julio de 1995, 22 de enero de 1998, 7 de diciembre de 1999 y 27 de marzo de 2003). Por lo tanto, cuando la finca, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, tiene un valor de venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca o zona a los de su misma calidad o cultivo, el arrendatario no tendrá derecho a acceder a la propiedad. El hecho de que dicha circunstancia sobrevenga posteriormente produce la inaplicación de las normas de la Ley arrendaticia, es decir, las fincas que se encuentren en la circunstancia mencionada quedarán excluidas de la regulación de la LAR de 1980 (SSTS de 13 de octubre de 1993 y 7 de diciembre de 1999). Igualmente, la jurisprudencia interpreta que la diferencia de valor que menciona la regla tercera —entre el valor contractual y el valor de la comarca o zona de cultivo— ha de provenir de circunstancias ajenas al destino agrario. Para la determinación de este valor, se estará a la realidad del mercado y a las perspectivas de la finca en el momento en el que se plantee el proceso. En el caso de que el vínculo arrendatario comprenda varias fincas, lo que se ha de tener en cuenta no es cada finca individualmente, sino la unidad configurada por todas ellas en su conjunto (SSTS de 3 de junio de 1988, 7 de abril, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 1992, 31 de julio y 11 de noviembre de 1996 y 22 de mayo de 2003). Todas estas circunstancias son cuestiones fácticas y por ello su apreciación corresponde al órgano jurisdiccional de instancia. **(STS de 16 de diciembre de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don J. M. G. A. G. interpone demanda contra el Obispado de Vitoria. El actor solicita, en primer lugar, que se declare su derecho a la propiedad de las fincas de reemplazo que en la concentración parcelaria de la zona de Gamarra se le adjudiquen al demandado, en compensación de las fincas aportadas por él, que cultiva en arrendamiento y, en segundo lugar, solicita que se otorgue a su favor escritura pública de transmisión.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda por aplicación del artículo 7.1.3.^a LAR, al no encontrarse las relaciones arrendaticias de los litigantes sometidas a una regulación especial y, por este motivo, no gozar de los beneficios de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor.

NOTA.—En los últimos años, la regulación sobre arrendamientos rústicos ha sufrido multitud de reformas cuyo objetivo esencial es una mayor movilización de los recursos agrarios que permita un aumento, tecnificación y plurifuncionalidad de las explotaciones rústicas para conseguir un incremento de la eficacia de las mismas. Para ello, la mencionada regla tercera del artículo 7.1 de la LAR de 1980, fue sustituida por el artículo 7.1.c) de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre. Dicha regla ha sido suprimida, recientemente, por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. *(S. E. M.)*

29. Honorarios profesionales. Necesidad de la prueba, por parte del abogado, de los servicios realmente prestados al cliente.—En lo atinente a la desproporción existente entre la cuantía del interés y la retribución fijada por el Tribunal de apelación, ha de recordarse que esta Sala ha declarado que, si no se ha acordado nada entre los interesados ha de estarse por los Tribunales a una serie de pautas, como la naturaleza y cuantía del asunto, su grado de complejidad, la dedicación requerida y los resultados obtenidos, sin desconocer la costumbre o uso del lugar y la ponderación de criterios de equidad, si bien constituye un «prius» inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (SS de 30 de abril de 2004, 20 de noviembre de 2003, 16 de febrero de 2001, 16 de septiembre de 1999 y 24 de septiembre de 1988).

Carácter orientador de los honorarios establecidos por los Colegios profesionales de abogados.—Las normas sobre honorarios profesionales son, como afirma el recurrente, únicamente orientativas y no vinculantes, ni para los Abogados ni para los Tribunales, incluso en aquellos casos en que la impugnación de unos honorarios como excesivos determina que se recabe el dictamen del Colegio profesional correspondiente. (STS de 8 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L. F. D. intervino como abogado en el intento de división amistosa de una finca urbana de la que eran copropietarios don L. S. S., doña M. R. P. y don M. C. S. S. Ante la falta de pago, por parte de éstos, de los honorarios profesionales, don J. L. F. D. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo reclamando la cantidad de 5.776.394 pesetas a don L. S. S. y doña M. R. P. e igual cantidad respecto de don M. C. S. S. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a indemnizar solidariamente al actor en la cuantía de dos millones de pesetas. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia de Lugo la revocó parcialmente, al reducir los honorarios del abogado a la cantidad total de un millón de pesetas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el abogado. (A. S. C.)

30. Condición de promotor.—La Sala tiene señalados como criterios determinantes para su estimación que la obra se realice en su beneficio y se encamine a la venta a terceros, y que haya elegido y contratado al constructor y a los técnicos (S de 6 de mayo de 2004). Lo es quien organizó como empresario la construcción, estableció el programa de realización y contrató a los encargados de realizar su plan (S de 19 de noviembre de 1997), aquella persona física o jurídica que ordena, programa y busca los medios financieros para realizar una determinada construcción (S de 21 de junio de 1999), el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a tercero (S de 21 de octubre de 1998 y, en el mismo sentido, 1, 3 y 30 de junio de 1984, 12 de febrero de 1985, 30 de octubre de 1986), el que despliega la actividad constructiva para obtener un beneficio económico (SS de 1, 3 y 30 de junio de 1984, 12 de febrero de 1985, 30 de octubre de 1986), quien elige y contrata a los técnicos y constructores (S de 13 de mayo de 2002).

Condición de promotor de las gestoras de comunidades de propietarios.—Se consideran como sociedades de gestión inmobiliaria sometidas a la

responsabilidad del artículo 1591 CC si actúan como una promotora, asumiendo las actividades de gestión, administración y dirección del proceso edificativo, de acuerdo con la consolidada doctrina de la Sala representada por las SS de 3 y 15 de octubre de 1996, 26 de junio de 1997, 15 de marzo de 2001 y 25 de febrero de 2004. En el caso la gestora tramitó la formación de la comunidad de propietarios para la construcción, tenía una opción de compra sobre el solar y un proyecto de edificación, eligió y contrató a los técnicos reservándose la directa gestión, administración y supervisión con carácter irrevocable, estableciéndose como funciones propias de su cometido las financieras, contratación de obra, asesoramiento jurídico, terminación de la promoción y supervisión de todos los trabajos o estudios que se estime oportuno encargar a cualquier persona o institución; finalmente, como remuneración de los servicios se fija el 15 por 100 del coste total de la operación económica «incluido el coste del solar, el de la construcción de los pisos, plazas de garaje, urbanización e instalaciones comunes, honorarios de Arquitectos, Aparejadores y Licencias, Notarías, Registro, Acometidas, Arbitrios, Impuestos, Contribuciones y cualquier otro gasto inherente a la promoción». No obsta a lo razonado la fórmula jurídica utilizada para la venta de las unidades constructivas, pues, con independencia de que, de ser previsto como montaje jurídico para excluir la responsabilidad incidiría en fraude ley (art. 6.4 CC), en cualquier caso no resulta relevante la venta anticipada y la constitución de la comunidad de propietarios, máxime si se tiene en cuenta que ésta carece en absoluto de funciones en el proceso constructivo, por ser totalmente asumidas en consonancia con su auténtica condición jurídica de promotor por la autodenominada «Entidad gestora».

Legitimación para recurrir contra un codemandado.—No cabe la legitimación para recurrir contra un codemandado para pretender que se le condene, pero sí se puede recurrir para obtener la absolución respecto de la pretensión actora, o mejorar la situación económica o jurídica decretada en la sentencia recurrida, aunque suponga empeorar la de su colitigante. Por consiguiente un codemandado puede pretender que se le absuelva por no ser responsable del vicio o defecto ruinógeno argumentando que el responsable o responsables son otros sujetos o agentes de la construcción, demandados o no; y asimismo puede pretender la individualización de ciertos vicios ruinógenos en lugar de la solidaridad mediante la actividad argumentativa correspondiente, aunque ello repercuta negativamente de forma indirecta en los codemandados. Cosa distinta es pretender directamente la condena, o agravación, respecto de un colitigante, porque el condenado no puede actuar como coadyuvante del actor.

Intereses legales y deudas de valor (se trata de un *obiter dicta*, porque se consideró cuestión nueva).—En ellas la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible al poder adquisitivo del importe que va a percibir. Para lograr tal equilibrio se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC desde la fecha en que ocurrió el evento (S 25 de mayo de 1988), pero nada obsta en que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el artículo 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica —equivalente o sustitutivo del daño causado—, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto, máxime si se tiene en cuenta que —en el caso—, la operatividad se limita al período del

pleito en primera instancia pues claramente se establecen desde la interpelación judicial. La deuda de resarcimiento, una vez liquidada, pasa a ser deuda de suma (o de cantidad), en cuanto que la decisión judicial determina que el valor se traduce en una suma concreta (**STS de 16 de diciembre de 2004**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Por una comunidad de propietarios se dedujo demanda de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC contra una gestora de comunidades, en concepto de promotora de las obras, contra la constructora del edificio, contra otra constructora encargada de los viales, y contra los arquitectos y aparejadores que confeccionaron el proyecto y asumieron la dirección técnica; se solicitaba la condena solidaria de todos los codemandados, excepto la constructora encargada de los viales, al pago del valor presupuestado de las obras de reparación de los daños causados al edificio y derivados de defectos en los sumideros de aguas pluviales y murete de contención de tierras, o a que efectuaran a su cargo las reparaciones necesarias; también la condena solidaria de todos los codemandados, excepto la constructora del edificio, al pago de la factura de remodelación del viario, y, por último, a la gestora de comunidades y a la constructora encargada de la edificación del edificio, al pago de la penalización pactada por demora en la terminación de las obras; en todos los casos con intereses legales y expresa condena en costas. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose a la constructora del edificio a abonar el importe de la cláusula penal por demora y el importe de la reparación de los daños, en este último caso con el interés legal desde la interpelación judicial, mientras la remodelación del viario se ponía exclusivamente a cargo de los dos arquitectos, siendo absueltos los demás codemandados. Apelada la sentencia de primera instancia por la constructora del edificio y por uno de los arquitectos, y adhiriéndose a la apelación la comunidad de propietarios y el otro arquitecto, la Audiencia Provincial la revoca parcialmente, absolviendo totalmente a uno de los arquitectos y parcialmente a la constructora del edificio, en este último caso en cuanto a la indemnización por demora en la entrega de la obra, declarando explícitamente que en todo lo demás se mantenían los pronunciamientos de la instancia. Contra dicha resolución se interpusieron dos recursos de casación: el primero por la comunidad de propietarios para que se hiciera extensiva la condena a la gestora de comunidades y al otro arquitecto, absueltos por la Audiencia, y el segundo por la constructora del edificio, en discrepancia con la responsabilidad relativa a los sumideros de aguas pluviales y murete de contención de tierras (que atribuye a los técnicos codemandados absueltos en la instancia) y con los intereses legales y procesales impuestos. El Tribunal Supremo admite el recurso interpuesto por la comunidad de propietarios, condenando a la gestora de comunidades solidariamente con la constructora del edificio, y mantiene en todo lo restante el pronunciamiento de la Audiencia. (*L. M. L. F.*)

31. Responsabilidad decenal por ruina. Ruina funcional.—El término «ruina» surge cuando el artículo 1591 CC menciona las diversas responsabilidades por un edificio que se arruina por vicio en la construcción; literalmente «arruinar» significa «causar ruina», esto es, la «acción de caer o destruirse una cosa», «el derrumbamiento», y en sentido figurado, también quiere decir «destruir o causar grave daño»; interpretado así, el vocablo «ruina» determina que el vicio de la construcción ha de ser de tal gravedad que cause el derrumbamiento del edificio.

Las doctrinas científica y jurisprudencial se apartan de esta interpretación literal y dan una significación más flexible al concepto de ruina.

En primer lugar, no se limita la aplicación del precepto al supuesto de ruina real, que exige un derrumbamiento actual y efectivo sino que se extiende su ámbito al caso de amenaza o peligro de ruina, manifestado exteriormente por signos visibles, como son modificaciones o alteraciones en los elementos esenciales para la estabilidad del edificio, que denotan por sí una situación de peligro; bastan, como declara la jurisprudencia, graves defectos que hacen «temer la próxima pérdida» de la obra, o la «inmediata posible ruina», en un plazo más o menos breve.

En segundo lugar, el texto del artículo 1591 CC no precisa si la ruina ha de ser total o parcial.

En general, la doctrina científica entiende que el precepto se refiere a la ruina total y a la parcial, al derrumbamiento de la construcción o de los elementos sustanciales de la misma, o de una parte de ella, cuya posición es seguida por la jurisprudencia.

Junto a esta amplia concepción del término «ruina», un significado sector doctrinal, extiende la responsabilidad decenal a aquellos supuestos de vicios o defectos constructivos que, sin afectar a la solidez del edificio, hacen impropia la construcción para el uso al cual es destinada; en este espacio, se dice que el artículo 1591 CC es aplicable a la ruina parcial, aunque ésta no afecte en lo más mínimo a la subsistencia de la construcción; que el concepto de ruina comprende todo detrimento o menoscabo grave que experimente una edificación, y que sin afectar a su solidez, exceda de la medida de las imperfecciones corrientes, configurándose como una violación de las reglas de la *lex artis* o del contrato.

Con mención a la doctrina jurisprudencial, hay que traer a colación la STS de 27 de diciembre de 1983, la cual explica que «el concepto de ruina de ser referido no sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar derrumbamiento o destrucción total o parcial de una obra, sino a un más amplio contenido de arruinamiento, extensivo a defectos o vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción, que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra», cuya sentencia representa doctrina jurisprudencial de la Sala primera del Tribunal Supremo, pacífica y consolidada, y puede estimarse como epitome de otras posteriores, muy numerosas, de ociosa cita. (STS de 20 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—D. F. B. H. demanda a *Gregorio Quejido* —contratista—, *Promagca, S. A.* —promotora— y don F. J. M. A., arquitecto. La cuestión litigiosa se centraba en determinar si el local adquirido por el actor con destino a almacén en la Promoción Vallecas IV, en el Polígono Industrial del mismo nombre, estaba o no incurso en ruina funcional. El Juzgado acogió íntegramente la demanda res-

pecto a las sociedades y absolvió al arquitecto por falta de legitimación de pasiva. La sentencia del Juzgado fue revocada por la Audiencia en el particular relativo a las costas. Interpusieron recurso de casación las apelantes, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

32. Compatibilidad de las acciones en caso de vicios ruinógenos.—El perjudicado o el subadquirente puede ejercitar la acción de cumplimiento contractual —*ex stipulatio*, o por equivalencia (indemnización sustitutoria) en los casos de difícil o imposible recomposición—, también la de cumplimiento defectuoso ex artículo 1101 CC, o la resolutoria del artículo 1124 CC, con indemnización de daños y perjuicios, o esta indemnización con finalidad principal resarcitoria, sin que, según la más reciente doctrina jurisprudencial (SS, entre otras, 29 de febrero de 2000 y 8 de noviembre de 2002), la norma del párrafo primero del artículo 1591 exija necesariamente la petición del cumplimiento *in natura*.

Cuestionamiento del nexo causal.—La problemática de que se trata correspondía suscitarla con fundamento, o bien en la carga de la prueba (art. 1214 CC), o bien a través del error en la valoración probatoria, si bien en este caso sería preciso invocar el precepto legal en que se contiene la regla valorativa de prueba que se considera infringida, no teniendo tal contenido los artículos 1591 y 1902 CC.

Responsabilidad solidaria del aparejador.—Se apreció como fundamento determinante del fallo una deficiencia del sistema de desagüe y la colocación de una rejilla que reducía notablemente la sección de absorción de agua; como técnico que conoce las normas tecnológicas y de la edificación, el aparejador debe advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis*, aplicándose la solidaridad cuando es de imposible o difícil discriminación separar las respectivas responsabilidades.

Acción ejercitada por subrogación.—El carácter de tercero del comitente, con cuyo pretexto se entiende que la acción ejercitada por subrogación debió ser la del artículo 1902 CC y no la del artículo 1591, carece de consistencia, al contratar directamente la contratista con el mencionado comitente la reconstrucción de la nave.

Ausencia de legitimación para recurrir contra un codemandado.—La contratista pretende se deje sin efecto el pronunciamiento absolutorio de su aseguradora de responsabilidad civil y se le condene como responsable solidaria, lo que obviamente no supone ningún cambio en la posición jurídica de la recurrente respecto de la actora, y el eventual interés de ésta en dicha condena, sólo a ella correspondía defenderlo. El tema suscitado pertenece a la relación *ad intra* entre las codemandadas y es ajeno al proceso seguido con el demandante. (STS de 20 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La cubierta de una nave se desplomó como consecuencia del peso del agua acumulada por lluvias torrenciales previsibles, incidiendo en tal suceso la ausencia de rebosadores exteriores, la insuficiencia de la propia cubierta para soportar el peso y la inadecuación de los desagües, relacionada esta última con las rejillas paragravas instaladas en los mismos. La aseguradora de daños indemnizó los causados al asegurado-comitente (incluida la repara-

ción), dirigiéndose luego, en ejercicio de la acción subrogatoria contemplada en el artículo 43 LCS, contra la empresa contratista, la aseguradora de la responsabilidad civil de la contratista por daños causados a terceros, el arquitecto y el aparejador, con el fin de que se les condenara solidariamente al reembolso de la indemnización pagada y los intereses legales procedentes.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a todos los codemandados, estimando parcialmente la reconvencción implícita planteada por la aseguradora de daños para que se declarara la inexistencia de responsabilidad en el personal empleado por el contratista y, consecuentemente, la ausencia de cobertura por su parte, con condena de la demandante a las costas causadas en la demanda principal. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora de daños, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, manteniendo la absolución de la aseguradora de responsabilidad civil y condenando solidariamente a los otros tres codemandados al pago de la cantidad abonada por la aseguradora de daños al comitente-asegurado más los intereses procedentes, además de las costas devengadas en primera instancia y sin hacer pronunciamiento respecto de las producidas en la alzada. Se desestiman los recursos de casación planteados exclusivamente por el contratista y el aparejador.

NOTA.—En el caso planteado parece ofrecer pocas dudas la absolución de la aseguradora de la responsabilidad civil de la entidad contratista por daños a terceros, ya que, pese a la oscuridad que la narración fáctica presenta en este fundamental aspecto, parece posible deducir que nos encontramos ante la cobertura de la responsabilidad civil empresarial por los daños causados a personas distintas de comitente y contratista durante y como consecuencia de la actividad constructiva, con inclusión o no de la llamada «responsabilidad patronal» por los daños que puedan producirse a los trabajadores como consecuencia de accidente de trabajo: los daños derivados de defectos de construcción y manifestados una vez concluida y entregada la obra caerían fuera del ámbito de cobertura, pese a que la contratista asegurada intentara conseguir la condena de la aseguradora de responsabilidad civil razonando que la acción ejercitada por la aseguradora de daños en vía subrogatoria había de ser la del artículo 1902 CC, y no la del artículo 1591 del propio texto legal.

Mayores dudas plantea decidir si la acción procedente en este supuesto era la subrogatoria contemplada en el artículo 43 de la vigente LCS o la acción general de repetición, otorgada por el artículo 1158, párrafo segundo, CC al que «pagare por cuenta de otro»; la solución dependerá de si el daño en concreto estaba incluido o no en la póliza contratada, cuestión que no fue objeto de debate, pero nos parece extraño que lo estuviera porque la alusión al continente y al contenido como objeto asegurado, así como el momento en que se planteó el litigio (anterior a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación y sus garantías), parecen situarnos ante un seguro de daños voluntario, contratado por los subadquirentes de las edificaciones y en el cual suelen excluirse expresamente de la cobertura los daños que provengan de defectos de edificación (en realidad parece tan absurda la inclusión de esos

daños como la de los defectos de fabricación de un automóvil en el seguro a todo riesgo que cubre los daños sufridos por el mismo); si esto fuera así, y la aseguradora de daños hubiera pagado un riesgo no cubierto, el recurso a la acción planteada parece inadecuado (aunque al parecer nadie alegó la eventual incorrección). Una vez en vigor el seguro o caución contemplados en la Ley de Ordenación de la Edificación, y si la cobertura de esos otros seguros voluntarios de daños, entre los que se cuenta la difundida modalidad denominada multirriesgo hogar, incluyera los derivados de defectos de edificación, se van a plantear problemas de concurrencia en cuanto a los daños estructurales causados al propio inmueble, dado que estos serían también objeto de la garantía obligatoria contemplada en el artículo 19.9.c) de la citada norma legal; en tal caso, y si ambas modalidades de seguro son de daños, parece que se producirá un supuesto de los denominados como seguro cumulativo, sin que normalmente puede acreditarse la concurrencia de dolo en el asegurado: consiguientemente la solución pasaría por que cada asegurador pague la cantidad que proporcionalmente le corresponda para evitar el enriquecimiento del asegurado, pudiendo repetir contra los demás aseguradores aquel de ellos que hubiera anticipado una cantidad superior (como dispone el art. 32.3.º LCS). Si los daños derivados de defectos estructurales estuvieran garantizados por un seguro de caución, por improbable que esto sea, la solución podría ser distinta, habida cuenta de las similitudes existentes entre esta última modalidad de garantía y la fianza: el asegurador voluntario de daños podría ejercitar la acción subrogatoria por todo el importe satisfecho y que esté amparado por la caución, dirigiéndose indistintamente contra los agentes causantes del defecto edificatorio y contra el prestador de la caución. Pero insistimos en nuestras dudas acerca de que los seguros voluntarios de daños cubran los derivados de defectos de edificación: la exclusión expresa es moneda corriente y ni siquiera sabemos si ha de considerarse necesaria, de ahí nuestra sorpresa ante el hecho de que no fuera alegada; quizá el asegurador pagó por error, o quizá por sus buenas relaciones con el asegurado, en la confianza de que recobraría el importe mediante la acción subrogatoria general o especial. (*L. M. L. F.*)

33. Ejercicio de la acción directa en el contrato de obra.—La acción directa en el contrato de obra corresponde al subcontratista frente al dueño de la obra hasta la cantidad que el dueño adeude al contratista cuando se hace la reclamación, tal como dispone el artículo 1597 CC y ha desarrollado abundante jurisprudencia (SSTS de 6 de julio de 2000, de 18 de julio de 2002 y 16 de julio de 2003).

Requisitos de la acción de enriquecimiento injusto: su carácter subsidiario.—La acción de enriquecimiento injusto exige que el desplazamiento patrimonial no haya tenido causa y existe causa en aquellos casos en que la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial. Además, esta acción es de aplicación subsidiaria, de modo que no se puede ejercer en aquellos supuestos en que la ley ha previsto una acción para evitar este enriquecimiento.

La asunción de deuda como novación modificativa.—La asunción de deuda en la que se sustituye la persona del deudor por otra en la misma relación obligatoria se admite en nuestro ordenamiento como un tipo de novación modificativa al amparo del artículo 1205 CC. Conforme este artículo se exige el consentimiento del acreedor y se admite por la jurisprudencia la asunción cumulativa, que permite la coexistencia de ambas deudas (SSTS de 16 de marzo de 1995 y 29 de noviembre de 2001). (**STS de 4 de noviembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, celebró un contrato de obra con la empresa constructora *Construcciones Zyk, S. A.*, quien, a su vez, celebró un contrato con *Cimentaciones Abando, S. A.*, en virtud del cual esta última empresa era subcontratista de la obra realizada por *Construcciones Zyk*. La sociedad *Cimentaciones Abando, S. A.*, interpuso demanda contra las sociedades *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, *Construcciones Zyk, S. A.*, y el señor M. M. A. O., en la que solicitaba a las empresas el pago de la cantidad adeudada por las obras por ella realizada y, con carácter subsidiario, se condenase al señor A. O. al pago de estas cantidades. Además, se solicitaba la condena de *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, a satisfacer, con carácter directo, las cantidades que esta sociedad adeudase a *Construcciones Zyk*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Azpeitia estimó parcialmente la demanda y condenó a las sociedades al pago de la cantidad establecida, absolviendo al señor M. M. A. O. *Aparcamientos de Cataluña, S. A.*, interpuso recurso de apelación contra esta resolución, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Interpuesto recurso de casación por esta sociedad, el Tribunal Supremo considera que en este caso no existió un enriquecimiento injusto de la demandante, debido a la existencia del subcontrato de obra, ni una asunción de deuda. Sin embargo, estima que hubo una incongruencia *extra petitum* en la sentencia de instancia que fue confirmada por la Audiencia Provincial y limita la cantidad a pagar por la sociedad recurrente en virtud de la acción directa. (*M. V. V.*)

34. Relación entre las normas de la comunidad de bienes y las propias del contrato de sociedad civil.—Esta remisión del artículo 1669.2 CC a las normas de la comunidad no impide la aplicación a la enajenación de la cosa común del régimen propio del contrato de sociedad. La jurisprudencia ha declarado que el artículo 1669.2 CC, cuya finalidad es la protección de terceros, no ha de servir de base para que los socios, vinculados a tenor del artículo 1257 CC, eludan entre ellos el cumplimiento de las obligaciones que concertaron (S de 22 de noviembre de 1972); y que la remisión que el referido artículo efectúa se ha de considerar limitada a las normas que regulan la titularidad sobre el patrimonio común (S de 3 de abril de 1982).

Conclusión que procedería mantener, en todo caso, ya que el artículo 392.2 CC proclama el carácter dispositivo de las normas sobre la comunidad, que se aplican «a falta de contratos». Ha de indicarse que, en la cláusula primera del de sociedad, los socios pactaron que la relación jurídica entre ellos se rigiera «en lo no previsto en este documento, por lo preceptuado en

el artículo 1665 CC y demás disposiciones legales de aplicación», de modo que integraron, voluntaria y expresamente, en la reglamentación negocial el contenido de dichas normas.

Sociedad civil. Actos de enajenación de bienes integrantes del fondo social. Interpretación del concepto *novedad* del artículo 1695.4 CC.—Ello sentado, en los casos en que los contratantes no hubieran establecido el modo de administrar la sociedad civil, como sucedió en el supuesto que se decide (según se declara en la instancia), el artículo 1695.1.^a encomienda la administración a todos los socios, conforme a un sistema separado y solidario, según el que la gestión de cada uno será eficaz si no hay oposición de los demás antes de que haya producido efecto legal, esto es, antes de que se ejecute.

El artículo 1695.4.^o CC establece que ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque se alegue que es útil a la sociedad.

Esta norma, procede del artículo 1589.4.^a del Proyecto de 1851, que la tomó del artículo 1859.4.^o del Código francés, en la primitiva redacción (*l'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles...*) y, al fin, de las palabras de Sabino (Digesto X.III.28) *in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse* (esto es, ninguno de los dueños puede hacer con derecho cosa alguna en la que es común, contra la voluntad del otro), dada la tradicional relación existente entre sociedad y comunidad, confirmada por la semejanza entre los artículos 397 y este 1695.4.^o CC.

Las palabras hacer novedad, utilizadas en el artículo 1695.4.^o (que no siguió el precedente de manera plena, ya que el artículo 1860 del Código francés también se refería a los actos de disposición sobre bienes inmuebles: *l'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses...*), tienen el sentido equivalente a la realización de alteración, sea material o jurídica, por lo que incluye los actos de enajenación.

Dicho ello hay que añadir que esa regla prohibitiva no resulta aplicable cuando los referidos actos no exceden del ámbito delimitado por el objeto social, de modo que, si esto sucede, los actos dispositivos de cada socio estarán sometidos, salvo pacto, al mismo régimen general que contiene la regla 1.^a del propio artículo 1695 CC.

Tal es el caso, ya que la sociedad a la que se aportó el inmueble enajenado tenía por objeto la promoción de viviendas, fin inmediato cuya realización comprende la enajenación de inmuebles. (STS de 10 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 31 de diciembre de 1988, don J. A. M. juntamente con la entidad mercantil *Aljal, S. A.*, don A. A. M. y las entidades *Cooperativas de Viviendas V Centenario*, *Sociedad Cooperativa Andaluza* y los *Prados*, *Sociedad Cooperativa Andaluza* constituyeron una sociedad civil aportando a su fondo social, entre otros, un bien inmueble propiedad de todos ellos. Con posterioridad a la fecha de celebración del contrato, uno de los socios, *Aljal, S. A.*, vendió el mencionado bien inmueble a un tercero sin el consentimiento de J. A. M. Éste interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Málaga solicitando la nulidad de la compraventa, así como una indemnización subsidiaria por los daños que le produjo. El Juzgado desestimó íntegramente las pretensiones del actor. Apelada la sentencia, la Audiencia de Málaga declaró válido

el contrato de compraventa celebrado, así como carente de fundamento la pretensión de condena a la indemnización solicitada por don J. A. M. Interpuesto recurso de casación por parte de éste, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

35. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral minero: competencia de la jurisdicción civil.—La materia para justificar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo, y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede la órbita del contrato de trabajo y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter específico concretado en el artículo 9.2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que una de las acciones ejercitadas es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con la cobertura de los artículos 1902 siguientes CC, doctrina reiterada por esta Sala (así SSTs de 21 de marzo de 1997, 30 de noviembre de 1999 y 29 de julio de 2003).

Legitimación activa de la madre de la viuda del accidentado.—La esposa del accidentado se suicidó al cabo de poco más de tres meses de la muerte por accidente minero de su marido, y la acción se ejercita por la madre de aquélla como heredera de su hija, no apreciándose vicio alguno de legitimación pues en virtud de los artículos 657 siguientes CC, la madre sucede en sus derechos a su hija, y en el presente caso se hizo valer el perjuicio padecido por quien falleció al poco tiempo sin ejercitarlo, actuando con legitimación activa en concepto de heredera de quien sufrió perjuicio por el accidente.

Muerte de un picador por desprendimiento de un costero: negligencia de la empresa.—El accidentado desarrollaba labores en el taller de arranque sobre la capa ancha de la quinta planta izquierda de la mina propiedad de la empresa demandada, y aunque se habían observado las prevenciones reglamentarias, el accidente se produjo, sin que quepa sentar su origen en fuerza mayor o caso fortuito, y ello significa la omisión de las medidas exigidas por la prudencia para prevenir el resultado dañoso, como son, entre otras, el estudio geotécnico de estabilidad del techo de la capa y el saneamiento de éste, las cuales pueden ser necesarias, sea cual sea su coste, en las labores a desarrollar en una mina de carbón como preparativo anticipado para la evitación de eventos similares, y, no obstante, las mismas no fueron adoptadas, de modo que ha habido una imprevisión para el logro de una mayor seguridad en el desarrollo de labores, imputable, sin duda, a la empresa demandada. Se reitera la doctrina sentada en STS de 3 de julio de 1998 que invoca la responsabilidad por riesgo y la inversión de la carga de la prueba.

Exoneración de responsabilidad del Director Facultativo de la mina.—Esta Sala limita la responsabilidad del accidente que ocasionó la muerte del picador a la entidad titular de la explotación minera, cuya conducta incide manera directa en la omisión de medidas precautorias con carácter general, ajenas a las reglamentarias, sin asegurarse de los riesgos que efectivamente pudieran surgir, y a la que correspondía la adopción de las mismas, y no considera adecuado extender la responsabilidad del suceso al Director Facultativo de la mina, debido a que no ha quedado acreditado en las actuaciones que su proceder fuera determinante de culpa o negligencia, y tampoco

que su ámbito de competencia integrara facultades para ordenar, sin más, lo procedente para la prevención de accidentes. (STS de 18 junio de 2004; ha lugar en parte.)

NOTA.—No hay novedad en cuanto a la declaración de competencia civil del supuesto, doctrina que, una vez consolidada, se reitera pacíficamente. Alguna novedad ofrece el caso de sucesión *iure transmissionis* que invoca la actora, suegra del accidentado (parece que el matrimonio no tenía hijos) y que se fundamenta indudablemente en los artículos 657 y 1006 CC. Al estimar parcialmente el recurso de casación conviene saber que el Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, siendo revocada la sentencia en apelación al tiempo que la Audiencia Provincial redujo la indemnización solicitada de 15 a 12 millones de pesetas. El Tribunal Supremo exonera de responsabilidad al Director Facultativo de la mina y mantiene sustancialmente el *quantum* indemnizatorio. El Tribunal Supremo en el FD 4.º califica de *obiter* las manifestaciones de la sentencia de segundo grado sobre la frecuencia de accidentes mineros en el entorno geográfico leonés y la seguridad de las explotaciones, sin que las mismas contribuyan decisivamente a la formación del fallo, excluyéndolo así del objeto de la casación. (G. G. C.)

36. Reclamación indemnizatoria contra hospital militar y médico solidariamente. Jurisdicción competente.—El Tribunal Supremo estima que, dirigida la demanda contra un particular y, solidariamente, contra la administración, en el mes de julio de 1993, es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil, dado que la atribución de la competencia en tales casos de reclamación conjunta al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo no se produjo hasta la LO 6/1998, de 13 de julio, que añadió al artículo 9.4 LOPJ el párrafo segundo con un inciso con arreglo al que «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional (Contencioso-Administrativo)». Nada obsta que sólo haya sido condenada en ambas instancias la Administración, porque existía, al tiempo de la demanda, cuando menos, una apariencia razonable de responsabilidad del codemandado, por lo que resulta impensable que su llamada al proceso respondiera al propósito fraudulento de radicar el conocimiento del asunto en el orden jurisdiccional civil.

La sentencia aporta la mención de reiterada jurisprudencia con este mismo criterio (SSTS, Sala 1.ª, de 7 de marzo, 23 de octubre y 18 de diciembre de 2000; 17 de enero, 26 de marzo y 7 de marzo de 2001; 21 de octubre de 2002; 20 de febrero, 29 de abril y 30 de abril de 2003).

Como argumento añadido a favor de la teoría de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil en el tiempo en que se planteó la demanda del proceso, el Tribunal Supremo invoca las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica e incluso de tutela judicial efectiva. (STS de 22 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de julio de 1993, don A., perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil, dedujo demanda de reclamación de

cantidad de quince millones de pesetas contra el Hospital Militar de Sevilla y contra don A., cirujano del centro hospitalario, con fundamento en haber perdido el tercio inferior de la pierna izquierda, que le fue amputada al sufrir una infección consecuencia de las intervenciones quirúrgicas practicadas en dicho Centro por el cirujano codemandado para tratar una fractura producida al caerse de un andamio donde se encontraba reparando la vivienda donde pasaba las vacaciones.

El Abogado del Estado, en representación y defensa del Hospital Militar de Sevilla, alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción, deduciendo que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo es el competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho Público como Privado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia condena al Hospital a abonar la cantidad de 9.500.000 pesetas. Y desestima la incompetencia de jurisdicción alegada por haberse demandado también a un particular (de no ser así se produciría la división de la contienda de la causa). La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, basándose en el artículo 9.2 LOPJ y la doctrina de la *vis attractiva*, que exigen evitar la denominada «peregrinación de jurisdicciones». (S. M. S.)

37. Responsabilidad extracontractual. Muerte de alumno de centro público a causa de las lesiones producidas durante una clase de gimnasia. Competencia jurisdiccional. Orden civil. Ley aplicable.—El Abogado del Estado plantea la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de este asunto, de acuerdo con lo que se establece en los artículos 139 siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, vigente al momento de los hechos determinantes del fallecimiento del menor. El Tribunal Supremo desestima el motivo, en función de la jurisprudencia conocida y consolidada dictada por esta misma Sala, cuando se produce el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de forma solidaria y conjuntamente contra particulares; como ha ocurrido en la presente cuestión, al demandar, al menos, a la profesora de gimnasia y, desde luego, a la aseguradora (SSTS, Sala 1.ª, de 2 de diciembre de 2002 y 20 de febrero de 2003).

Esta observación es la que ha sido declarada por la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, después de la vigencia de la Ley 30/1992, y antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, en su artículo 2.e, dispone que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Actuación negligente. Inexistencia de culpa exclusiva de la víctima. Apreciación de culpa in vigilando o in eligendo, respecto al Centro y al

Ministerio.—No cabe apreciar culpa exclusiva de la víctima: en primer término, por su corta edad; en segundo lugar porque la directora del centro, nombrada por el Ministerio de Educación Nacional incurre en culpa *in eligendo* o *in vigilando*. No se agotaron las medidas posibles y previsibles para evitar el hecho en cuestión, ya que no se dispuso el anclaje debido de la portería; y esa falta de anclaje fue la determinante de las lesiones y ulterior fallecimiento del menor de edad (en casos muy similares, en este mismo sentido, *cfr.* SSTS de 1 de octubre de 2003, 26 de mayo de 2004). **(STS de 23 de septiembre de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—El 18 de marzo de 1993, el niño de once años J., alumno del colegio público *Juan Capó*, de Palma de Mallorca, se encontraba jugando de portero en un partido de balonmano, como actividad de la clase de gimnasia, que dirigía la profesora interina doña M.^a D. Las porterías que se utilizaban en el colegio, por libre decisión de la directora del centro, doña G., no estaban ancladas al suelo. La responsabilidad de la instalación de las mismas había corrido a cargo de la entidad *Serco S. L.*, representada por don J. E. R. A., que tenía concertado, con el Ayuntamiento de Palma, un contrato de reparación, conservación, remodelación y acondicionamiento de edificios e instalaciones deportivas municipales.

En el transcurso de las actividades de la clase, J. para un penalti, tras lo cual se agarra del larguero de la portería, se balancea y a continuación se soltó, cayendo al suelo, al que golpeó con la frente. A continuación, le cayó la portería encima, golpeándole en la parte occipital de la cabeza. Acto seguido, la profesora atendió al herido y seguidamente la directora encomendó a la profesora que se encargase del resto de los niños, mientras ella llamaba a la abuela (tutora del niño). Cuando llegó al centro, se trasladó al niño al hospital de la Seguridad Social Son Dureta. Una vez allí, el brusco empeoramiento del niño obliga a intervenirle quirúrgicamente, falleciendo el día 22 de marzo de 1993.

La abuela del niño, en nombre propio y en representación de los menores hermanos de J., interpone acción de indemnización de daños y perjuicios contra la profesora, la directora del Colegio, el Ministerio de Educación y Ciencia y la entidad aseguradora del Colegio, por responsabilidad extracontractual. El Juzgado de Primera Instancia acoge el pedimento respecto a doña G. y el Ministerio, por apreciar su actuación negligente y condena a éstos y a la aseguradora al pago de la indemnización correspondiente.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y la aseguradora. (*S M. S.*)

38. Fundamento y ámbito de aplicación de la teoría del riesgo.—La doctrina jurisprudencial más moderna considera que la responsabilidad por riesgo responde a las exigencias de los tiempos actuales y no puede decirse que en muchos casos se dé ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor del daño (SS de 31 de diciembre de 1996, 14 de noviembre de 2000 y 17 de octubre de 2001). Dicha responsabilidad por riesgo acreditado es exigente en línea cuasi-objetiva, lo que presupone una

actuación imputable, tanto activa como omisiva, y se impone adoptar las precauciones que se presentan evidentes con agotamiento de los medios a fin de eludir cualquier circunstancia o incidencia que transforme en daño efectivo lo que consta como potencial y peligro cierto, por lo que resulta procedente a estos casos aplicar el artículo 1902 CC (SS de 5 de febrero de 1991, 8 de abril de 1992, 10 de marzo de 1994 y 8 de octubre de 1996), ya que quien crea un riesgo, conforme reiterada jurisprudencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia (S de 9 de julio de 1994).

Teoría del riesgo. Inversión de la carga de la prueba.—La aplicación de la teoría del riesgo desplaza la carga de la prueba, de tal manera que correspondía a la recurrente demostrar con plenitud que obró con la mayor y más atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado (SS de 24 de enero, 25 de febrero y 22 de septiembre de 1992 y 20 de junio de 1994) y tal actividad probatoria no fue llevada a cabo satisfactoriamente. Conforme declara la S de 12 de julio de 1994, partiendo de la efectiva causación de daños, si el demandado no demuestra que su conducta fue correcta y la adecuada a las circunstancias, a él hay que responsabilizarle del resultado, pues entonces cabe sustentar que concurrió una acción u omisión propia capaz de originarlo. La inversión de la carga de la prueba ha sido conectada por la jurisprudencia de esta Sala con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolló el agente. (STS de 15 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad mercantil *Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S. A.*, realizó unas obras industriales consistentes en la desviación de su curso natural de las aguas de un río para conducir las, a través de un canal a cielo descubierto, hacia una central dedicada a la producción de energía eléctrica. En el transcurso de las obras, y como consecuencia de un desprendimiento de tierras, se produjo una obturación del canal, con el consiguiente desbordamiento de las aguas que afectaron a las fincas de doña M. C. V. B, don G. V. M. y don E. M. V. Éstos interpusieron demanda sobre responsabilidad civil extracontractual contra la sociedad eléctrica por los daños sufridos en sus respectivas fincas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza estimó esencialmente la demanda y condenó a la sociedad eléctrica a pagar la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Zaragoza confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, pero en el sentido de que la estimación esencial de la demanda por parte del Juzgado sólo equivalía a una estimación parcial de la misma y, por consiguiente, no procedía a hacer expresa imposición de costas en primera instancia a ninguna de las partes. (A. S. C.)

39. Culpa extracontractual: daños causados por explosión de gas butano: responsabilidad por riesgo: doctrina general.—Para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose con criterio limitativo, ya que fuera de los supuestos legalmente prevenidos, no se aplica a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que

impliquen un riesgo considerablemente anormal con los estándares medios; según STS de 17 de noviembre de 1998, ello no es, sin embargo, causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también es muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado ha de tener influencia manifiesta desde un punto de vista de regulación, lo que indudablemente resulta aplicable conforme a los principios de justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica. En supuesto similar al ahora enjuiciado la STS de 30 de julio de 1998 dice que ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone acción voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligroso potencial cierto en razón a actividades que notoriamente son peligrosas.

Uso doméstico de bombonas de gas butano.—En el uso doméstico de bombonas de gas butano no basta ni resulta suficiente para exonerar de toda responsabilidad a la empresa suministradora que se hayan cumplido las disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extremada y agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar, lo que obligaba a *Repsol Butano S. A.*, no a la mera denuncia escueta y burocrática de las deficiencias detectadas, sino al seguimiento de que efectivamente se habían hecho desaparecer con las más adecuadas condiciones de seguridad, pues la confianza de los consumidores se mantiene y afianza a medida que el suministro del servicio continúa. En el caso la empresa suministradora, conociendo perfectamente el riesgo potencial, se despreocupó por completo de comprobar si el mismo persistía o se había incrementado, como así sucedió, al producirse acreditada acumulación de gases, aunque no se hayan podido precisar sus causas y origen, y con ello se continuó con el suministro a fin de obtener beneficio económico. Por otra parte, no resulta probada conducta alguna imputable al demandante que pueda considerarse causa inmediata de la explosión ni que él mismo se hubiera apercebido de la existencia de gas.

Aplicación de la LGDCU.—La sentencia recurrida hace aplicación del artículo 26 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, si bien el pertinente sería el artículo 28, en cuyo apartado 2 se considera incluido el gas en el régimen de responsabilidad que el precepto establece.

Actos propios.—No puede impugnarse válidamente la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del proceso la ha reconocido, como ocurre en este caso en el que el propietario del piso es el padre del lesionado (STS de 29 de octubre de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte por caída en foso: motivación de las sentencias: doctrina general del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.—La más reciente doctrina del Tribunal Constitucional declara que el deber de motivar las resoluciones consiste en dar la razón del porqué de la decisión, lo que supone expresar los elementos y razones de

juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; es decir, una fundamentación en términos de derecho. Cabe concluir que con unas u otras expresiones la doctrina constitucional es unitaria y de claridad meridiana, de modo que la motivación consiste en la exposición razonada de los argumentos que permitan apreciar que la decisión es fruto de una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y que es suficiente cuando de su contenido pueden extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican la decisión, bastando que se exteriorice el motivo de la decisión o *ratio decidendi*, es decir las reflexiones o razones que han conducido a la adopción del fallo. Y en la misma línea se manifiesta, en absoluta coincidencia con dicha doctrina constitucional, la doctrina jurisprudencial de esta Sala que viene exigiendo la necesidad de expresar los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (SSTS de 26 y 30 de junio y 29 de septiembre de 2003, 14 de abril y 3 de mayo de 2004), y considera motivación suficiente, cualquiera que sea su extensión, la que exterioriza las razones de hecho y de derecho que determinaron la adopción por el juzgador de sus pronunciamientos (SSTS de 11 de junio de 2003, y 17 de marzo y 16 de abril de 2004).

No hay falta de motivación.—En el presente caso no concurre el defecto procesal alegado: *a)* Aunque es cierto que no se expresa ningún precepto legal, no cabe entender que existe falta de motivación al ser evidente que el proceso se planteó y giró únicamente en torno a la aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, y, singularmente, sobre la existencia de nexo causal en la que discreparon las sentencias de instancia, constituyendo el tema nuclear del litigio; *b)* No siendo posible plasmar el desarrollo de la tarea intelectual deductiva, lo único que se requiere es expresar las razones o reflexiones fácticas y jurídicas tomadas en cuenta para la decisión, y en el caso se hace con amplitud, sin que el hecho de que no se compartan afecte a la existencia de la motivación; *c)* El tema del nexo causal constituye todo el eje argumentativo de la resolución recurrida, y su discurso compuesto de apreciaciones fácticas y de juicios de valor, revela con claridad el porqué del fallo, sin que en absoluto exista oscuridad que obstaculice su impugnación. No cabe confundir falta de motivación con una motivación deficiente porque en este caso la imprecisión o el defecto puede y debe ser subsanado y reparado, sin dar lugar a la nulidad de actuaciones.

No hay indefensión.—El Tribunal Constitucional ha declarado que la indefensión constitucional relevante consiste en aquella situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, siempre que la actuación judicial produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa; nada de lo cual ha ocurrido en este caso.

Nexo causal.—La problemática del nexo causal no es, en puridad técnica, una cuestión de derecho, o, al menos, no es una cuestión jurídica *stricto sensu*, sino que exige diversas apreciaciones, de las cuales unas tienen carácter fáctico y otras son de orden valorativo; las primeras se fijan mediante la prueba, por lo que sólo son impugnables y controlables en la casación, a través del denominado error de derecho en la valoración de la prueba, mientras que las segundas implican juicios de valor, y se hallan en la frontera de la *quaestio iuris* con la *quaestio facti*, y se admite su revisión en casación (SSTS de 18 de

junio y 3 de julio de 1998, 21 de septiembre y 18 de octubre de 1999, 23 de octubre de 2000, 4 de junio de 2001 y 21 de febrero de 2002). Los juicios de valor referidos representan, expresan o constatan, los resultados de la actividad del entendimiento atribuyendo determinadas significaciones o consecuencias a acontecimientos naturales o a actitudes humanas, activas o pasivas, para lo que se toma como guía las reglas de la lógica, razón o buen sentido, pautas proporcionadas por las experiencias vitales o sociales, o criterios acordes con la normalidad de las cosas (*quod plerumquae accidit*) o del comportamiento humano (*quod plerisque contingit*). La verificación casacional de estos juicios se limita a su coherencia y razonabilidad. Por ello es doctrina jurisprudencial que la determinación del nexo causal entre la acción y el resultado dañoso, aunque perteneciendo al ámbito de la *quaestio iuris*, es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y que hay que respetar en casación en tanto no se demuestre que los mismos han seguido una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la lógica o del buen criterio (SSTS de 18 de mayo y 1 de diciembre de 1999 y 7 de noviembre de 2000). En el presente caso no se aprecia incoherencia, ni irracionalidad, ni voluntarismo en el razonamiento de la resolución recurrida.

Muerte por caída en hueco de prensado de maquinaria prensadora-enfardadora: víctima que suministraba productos a la empresa y sufría efectos de ingestión alcohólica: concurso de culpas.—La muerte se produce por caída de la víctima al foso de carga de la máquina prensadora donde sus piernas son atrapadas por el pistón del prensado y seccionadas por la cuchilla de corte; están probadas las deficiencias de la instalación de la máquina y la posibilidad de caída al foso (sucedido anteriormente a otra persona), y el difícil acceso desde el interior del foso de carga al pulsador de emergencia. El juzgador de instancia declara que la víctima no es empleado del demandado, si bien explica coherentemente que la relación habitual de la víctima con la empresa excede la de un simple proveedor, conociendo el funcionamiento de la prensadora habiendo realizado el día del accidente el prensado de dos balas de cartón, deduciendo que la víctima no se hallaba manejando la máquina por casualidad, ni la puso en marcha para observar su funcionamiento, extrayendo el corolario lógico de que no hubo introducción en la nave y acceso a la máquina de forma clandestina y subrepticia, o a escondidas, sino con conocimiento, al menos, del empleado que se hallaba en la nave. No cabe desconocer que la reponsabilidad extracontractual comprende junto a la culpa *in omittendo* las culpas *in vigilando et in eligendo*, y no sólo la responsabilidad por el hecho propio, sino también la responsabilidad por hecho ajeno, de persona por quien se debe responder, estableciendo el artículo 1903 CC, párrafo final, una presunción de culpa.

No se declara existencia de embriaguez.—La sentencia recurrida no sienta la conclusión de embriaguez, sino de afectación por una ingestión de alcohol, que no fue apreciada por el empleado de la empresa que habló con la víctima cuando llegó al local, ni le impidió manejar la máquina aun de forma defectuosa. En resumen, trata del estado psicofísico de la víctima, no como causa determinante del accidente, sino en su contribución de contribución causal. Es posible que de no existir el estado psicofísico aludido, la víctima hubiera podido alcanzar el pulsador de emergencia evitando el accidente, pero el mismo argumento cabe establecer *a contrario* en relación con la deficiente instalación de la máquina y del pulsador de parada. Por ello se aprecia sólo una concurrencia causal.

No concurre caso fortuito.—La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que para poder apreciar la existencia del caso fortuito se requiere inexcusablemente: *a)* Materialmente que se trate de un hecho que hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado a terceros, la cual se valorará dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto; y *b)* desde la perspectiva procesal, que se alegue su existencia y se pruebe por quien lo alega. Desde la óptica casacional el caso fortuito y la fuerza mayor se consideran como cuestiones de hecho cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. En el presente caso hubo un comportamiento culposo por negligente del demandado y su empleado, lo que excluye la situación de caso fortuito.

Concurrencia de culpas: distribución 30/70 de las responsabilidades entre el empresario y la víctima.—La problemática que plantea la moderación de la indemnización por daño al apreciarse una concurrencia causal, no tiene acceso a la casación por tratarse de una auténtica facultad discrecional del juzgador de instancia según abundante y pacífica jurisprudencia de esta Sala, salvo el caso de supuestos excepcionales de no aplicación o de desproporción notoria, lo que no ocurre en este caso en el que, habida cuenta las circunstancias concurrentes, no cabe considerar desmedida o desmesurada la fijación del 30 y del 70 por 100 respecto del empresario y de la víctima, si se tiene en cuenta la entidad de la indemnización fijada en 3.900.000 pesetas en relación con la gravedad del resultado mortal. (STS de 4 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—El padre de la víctima reclama una indemnización de trece millones de pesetas por la muerte de su hijo al caer al hueco de una máquina prensadora. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia Provincial la estimó parcialmente al admitir la concurrencia de culpas condenando a una suma que representa aproximadamente la tercera parte de la solicitada (en realidad en la proporción del 30/70). Es notable la extensa argumentación de la sentencia extractada (Pte.: Corbal Fernández), confirmando y ratificando los argumentos de la sentencia de segunda instancia, con un análisis minucioso y riguroso de los datos fácticos. Interesante es la diferenciación que establece entre la situación de embriaguez y la de una persona «afectada por una ingestión de alcohol». (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: responsabilidad de RENFE por caída de viajera en escaleras automáticas de estación: unidad de la culpa civil: congruencia: doctrina general.—Varias sentencias de esta Sala han apreciado incongruencia en condenas por responsabilidad contractual cuando la acción ejercitada se fundaba única y exclusivamente en los artículos 1902 y siguientes CC (así SSTs de 18 de octubre de 1995, 11 de marzo de 1996, 3 de mayo de 1999, 10 de octubre de 2002 y 7 de abril de 2004). Pero no es menos cierto que en otras muchas sentencias, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando de libertad para encuadrar la culpa del demandado en la culpa con-

tractual o extracontractual, conforme al principio *iura novit curia* (así SSTs de 15 de junio de 1996, 18 de febrero de 1997, 24 julio, 17 de septiembre, 16 de octubre y 28 de diciembre de 1998, y 8 de abril de 1999), que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda (SSTs de 24 de diciembre de 1999, 29 de diciembre de 2000 y 3 de diciembre de 2001); sin perjuicio de otras sentencias que contienen matizaciones sobre el plazo de prescripción, o sobre la acumulación de ambas acciones por el actor, merece destacarse la STS de 7 de octubre de 2002 que marca la dirección más adecuada para resolver este motivo ya que si el requisito de la congruencia se aborda desde una perspectiva constitucional parece que lo decisivo es que el demandado no sufra indefensión, para respetar el artículo 24.1 CE, indefensión que podría darse sobre todo si, fundada la acción en el artículo 1902 el demandado se defendiera únicamente de su culpa extracontractual oponiendo su plazo de prescripción y, sin embargo, se viera sorprendido por una sentencia que rechazara su aplicabilidad y aplicase, en cambio, el de quince años por encuadrar el caso en la responsabilidad contractual.

No hay incongruencia.—En el presente caso no hay incongruencia porque la demandada se defendió también de su posible responsabilidad contractual interpretando la demanda desde la más amplia concepción de la culpa civil; porque los argumentos para declarar incumplimiento contractual por parte de RENFE son válidos también como fundamento de su culpa extracontractual al haber generado un riesgo con el tipo de escaleras mecánicas instaladas en la estación para subir a los andenes; por último, porque tampoco había transcurrido el plazo anual de prescripción ya que el *dies a quo* arranca del alta definitiva con determinación de las secuelas de las lesiones.

Lesiones causadas a la esposa acompañante de tetrapléjico con invalidez permanente al utilizar escaleras automáticas en estación de RENFE: culpa de la empresa ferroviaria.—El hecho ocurrió dentro de la estación y al utilizar los demandantes un medio mecánico que resultaba imprescindible para acceder a los andenes, al estar estropeado el ascensor, y por tanto para tomar el tren en el que iban a hacer el viaje contratado. De la empresa ferroviaria dependían la opción por unos u otros medios de acceso a los andenes y de ella dependía la seguridad de tales medios de acceso, que había de extenderse a las personas discapacitadas que hubieran de utilizarlas para poder tomar el tren. Al estar averiado el ascensor, era deber de la empresa de transporte haber adoptado las precauciones oportunas para que los cónyuges demandantes, siendo advertibles para cualquiera las limitaciones de movilidad del marido, hubieran podido acceder al andén con la seguridad suficiente o, en último término, haberles indicado la imposibilidad del viaje mientras no funcionara el ascensor. Pero resulta que nada de esto hizo la RENFE, permaneciendo pasiva ante la utilización de unas escaleras mecánicas cuyo sistema de funcionamiento ahorra energía y gastos para aquella tanto cuanto podía poner en peligro a personas, como los cónyuges actores, con el mismo derecho a viajar en tren que cualquier otra persona, por lo cual ha de concluirse por su responsabilidad, tanto si se la examina con arreglo al artículo 1902 CC, ya desde la perspectiva de sus obligaciones como empresa ferroviaria de transporte de viajeros. (STS de 23 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Marín Castán) no sólo por la importancia de las indemnizaciones otorgadas que se aproximan a los cuarenta y cinco millones de antiguas pesetas, sino por el cuidadoso análisis fáctico que sirve de apoyo a una impecable argumentación jurídica. No es la primera vez que el Tribunal Supremo se enfrenta a hechos similares (así la STS de 2 de marzo de 2000 denegó indemnización por el accidente mortal de una mujer de edad avanzada en la estación de Sevilla), pero, a lo que creo, es la primera vez que la Sala 1.^a valora la creación de riesgos que supone para determinados colectivos de ciudadanos la instalación de escaleras automáticas en las estaciones de ferrocarril. De modo expreso se declara que el deber de seguridad que asume RENFE no se limita al viaje en sí mismo sino a sus obligaciones accesorias cuando no hay otro modo de acceder a los andenes que el uso de dicho mecanismo cuyo funcionamiento efectivo no se explica adecuadamente al público. En el caso se trataba de escaleras del tipo BH, mecánico automático, de puesta en marcha por contacto y presión con tiempo de funcionamiento y paro programado; la prueba pericial demostró que si el viajero no concluye su traslado en cuarenta y un segundos, la escalera se detiene hasta que otro pise las planchas del rellano. La víctima de cuarenta y dos años, acompañaba a su esposo de cuarenta y cinco, con escasísima movilidad, pues seis años antes había sido declarado inválido permanente en grado absoluto. Cumplido aquel tiempo la escalera se detuvo ignorando la causa los viajeros, que se vieron sorprendidos por la repentina puesta en marcha, que originó la caída de la esposa y le produjo graves secuelas. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

42. Transfusión de sangre. Deber de la entidad suministradora de hemoderivados de acreditar el cumplimiento estricto de la normativa. Inversión de la carga de la prueba.—Debe tenerse presente que el Tribunal de apelación ha confirmado la sentencia de primera instancia, en la que el Juzgado, ante la naturaleza y gravedad del daño causado ha tenido en cuenta de una parte, que el contagio de la hepatitis comenzó a detectarse poco tiempo después de la operación en que se realizaron transfusiones a la señora B. con los hemoderivados y plasma cuyo suministro había reconocido expresamente *Cruz Roja* en el hecho segundo de su escrito de contestación a la demanda, y, por otro lado, que es algo notorio que en una gran mayoría de casos los contagios de este tipo se hallan en íntima conexión con las transfusiones de sangre que vienen exigidas por muchas actuaciones quirúrgicas.

A partir de estos dos datos y tratándose del ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual contra la entidad que, como se dijo, había reconocido ser quien suministrara las unidades de sangre transfundidas (añadiendo que la mutualidad demandante solamente podía acudir a su Banco de Sangre a fin de obtener la que pudiera precisar para la actividad hospitalaria que desarrollaba), ha de calificarse de correcta la decisión del Juzgado de exigir a *Cruz Roja* —por ser quien había manipulado y confeccionado un producto tan esencial y vital, desde su extracción y almacenamiento hasta la puesta a punto para su aplicación— la demostración de la inexistencia de la responsabilidad que por la actora se le imputaba, acreditando la total diligencia con que se habían llevado a cabo las labores mencionadas, máxime si se

tiene en cuenta que la *Quinta de Salud* debió limitarse a proceder a la utilización del producto envasado, tal y como le fuera entregado, listo para su aplicación, el 9 de enero de 1989 y que los síntomas sospechosos de hepatitis vírica fueron confirmados el 6 de marzo de siguiente.

Transfusión de sangre. Aplicación de los artículos 27 y 28 LGDCU.—No puede admitirse, al menos como regla general, que la actividad médica suponga únicamente una obligación de medios y no de resultados, aún cuando en el supuesto que nos ocupa resulte innecesario proceder a la exposición de aquellas actuaciones médicas en que resulta exigible la obtención de un concreto resultado, por cuanto, evidentemente, la función que desarrollan los Bancos de Sangre ha de calificarse de paramédica o sanitaria, lo que como pasamos a exponer no implica una suavización de la diligencia con que la misma ha de ser ejecutada.

En efecto, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece en su artículo 27 que la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la utilización de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro corresponde a la firma que figure en su etiqueta; reforzándose en el artículo 28 las garantías para los perjudicados cuando necesariamente los bienes o servicios incluyan, por su propia naturaleza o por estar reglamentariamente establecido, niveles determinados de pureza, eficacia y seguridad y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones para los consumidores o usuarios, como en todo caso ha de exigirse a los servicios sanitarios. **(STS de 15 de noviembre de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—En fecha 9 de enero de 1989, doña M. B. acudió a un centro médico perteneciente a la *Quinta de Salud la Alianza, Mutualidad de Previsión Social* para realizarse una operación quirúrgica en el transcurso de la cual se practicaron transfusiones de sangre. Dos meses después de la mencionada operación, se confirmó que la paciente había contraído una hepatitis vírica de tipo C. En un proceso anterior del que el presente trae causa, doña M. B. interpuso demanda en reclamación de los daños y perjuicios causados contra *Quinta de Salud la Alianza, Mutualidad de Previsión Social*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona estimó parcialmente su demanda y condenó a la citada Mutualidad a indemnizar a su paciente en la cuantía de 10 millones de pesetas. Con posterioridad a haberse dictado esta resolución, las partes llegaron a un acuerdo por el cual doña M. B. se daba por compensada con la cuantía de nueve millones de pesetas. A raíz de todo ello, *Quinta de Salud la Alianza, Mutualidad de Previsión Social* interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona en reclamación de los nueve millones de pesetas contra *Cruz Roja*, puesto que esta entidad era el proveedor exclusivo de hemoderivados y plasma de la Mutualidad. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Barcelona. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

43. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: quebrantamiento de formalidades que producen indefensión.—Se denuncia quebran-

tamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, que ha producido indefensión al recurrente; ocurrió que la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el acto de la vista actuó con una composición diferente, sustituyéndose a uno de sus miembros por otro Magistrado de la Sección 5.^a, sin que se le notificara al recurrente. Pero el Tribunal Constitucional ha declarado que estas irregularidades procesales no suponen vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, sino que es preciso que la irregularidad tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable del ejercicio efectivo de su derecho a recusar en garantía de la imparcialidad del Juez, lo que que sólo puede ser apreciado por el Tribunal Constitucional si el demandante de amparo manifiesta que alguno de los Magistrados que juzgó su causa incurrió en una concreta causa de recusación, que no resultara *prima facie* descartable y que no pudo ser puesta de manifiesto por la omisión imputable al órgano judicial.

Incongruencia: *ultra petitum*.—No concurre porque el suplico de la demanda en cuanto a los daños físicos solicita una indemnización de sesenta millones de pesetas, añadiendo que con carácter subsidiario se indemnice por tal causa la cantidad que quede acreditada en los autos como necesaria para la atención personalizada que precise de por vida la lesionada; todo lo cual ampara la cantidad de setenta millones de pesetas, concedida en la sentencia por dicho concepto con base en el fundamento que se especifica.

***Reformatio in peius*: superposición de responsabilidades de la Aseguradora, contractual por razón del seguro y extracontractual por culpa in eligendo.**—La sentencia de apelación que transforma en subsidiaria, sin fundamento alguno, la responsabilidad de la aseguradora, incide en *reformatio in peius* cuando el Juzgado de Primera Instancia había declarado la responsabilidad solidaria de ésta. Además en este caso, siguiendo la doctrina de la STS de 2 de noviembre de 1999, se produce una yuxtaposición de responsabilidades a cargo de la Sociedad Médica, de un lado la derivada del contrato de seguro con el particular y de otro la *culpa in eligendo* al designar el médico que llevó a cabo la intervención con falta de diligencia.

Tratamiento agresivo que no precisaba la enferma: secuelas irreversibles: responsabilidad por tratamiento desproporcionado.—La enferma fue sometida a una histerectomía radical por mioma uterino en una Clínica de Las Palmas, pero debido a ciertas complicaciones postoperatorias, con paradas cardiorrespiratorias, se acordó su traslado a Madrid sometiéndola a un tratamiento agresivo que se ha comprobado era innecesario, pero que la ha causado secuelas irreversibles que la impiden valerse por sí misma. Es preciso recurrir a la técnica del resultado desproporcionado del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia. Todo ello con base en la doctrina francesa de la *faute virtuelle*, de la jurisprudencia alemana sobre la *Anscheinsbeweis* o de la apariencia de prueba, o de la utilización de la prueba de presunciones seguido en el sistema judicial italiano. Todo lo cual aparece reconocido en nuestro Derecho y dirigido a la responsabilidad de establecimientos sanitarios conforme al artículo 28.2 LGDCU de 1984 que habla de los servicios sanitarios y en su inciso primero establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva, como expresa la STS de 31 de enero de 2003. (STS de 17 de noviembre de 2004; ha lugar en parte.)

NOTA.—Importante sentencia de la que sido ponente Sierra Gil de la Cuesta en la que se asignan importantes indemnizaciones por tratamiento equivocado. Este último se demuestra después de un estudio electrofisiológico de la enferma del que resulta: 1) La paciente normaliza la actividad de su corazón que ya no precisó, ni marcapasos ni desfibrilizador; 2) La inexistencia de cardiopatología alguna, tras lo cual la enferma se traslada a su domicilio sin precisar tratamiento alguno para su corazón. 3) El corazón de dicha persona continúa sano en la actualidad sin que haya vuelto a tener más problemas. Sin embargo, las secuelas del tratamiento aplicado después del diagnóstico equivocado son considerables pues la persona no puede valerse por sí misma. Ello explica las elevadas indemnizaciones solicitadas (160 millones de pts.), cuantía reducida a 120 millones de pesetas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y a poco más de 100 millones por la Audiencia Provincial. Al enumerar los precedentes extranjeros de la doctrina del resultado desproporcionado resulta curioso comprobar que no se menciona la doctrina anglosajona de la responsabilidad *in re ipsa*, cita en cambio la doctrina italiana sobre presunciones. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

44. La prescripción adquisitiva es aplicable al título nobiliario.—Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que dispone que la prescripción adquisitiva es aplicable al título nobiliario cuando se ha poseído durante cuarenta años, pública, pacífica e ininterrumpidamente. La S de 9 de febrero de 1999 declara que «la doctrina jurisprudencial viene sentando con reiteración que la designación de sucesor y otras figuras nobiliarias singulares —como la prescripción adquisitiva de cuarenta años— provocan verdaderos efectos novatorios en el orden de sucesión inicialmente previsto, convirtiendo al designado y, en su caso, al prescribiente o beneficiario de la usucapión en una cabeza de línea a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de sucesión. La S de 20 de febrero de 2003 afirma que la prescripción adquisitiva de los cuarenta años «prevalece sobre el mejor derecho genealógico a favor de los que poseyeron la merced de forma quieta, pública y no controvertida por tal plazo». La S de 11 de junio de 2001 entiende que «el único requisito que se exige es la posesión continuada y no interrumpida, pacífica y pública por el plazo de cuarenta años, circunstancia que se ha dado en el supuesto de autos, no siendo necesario ni la existencia de título ni buena fe».

Plazo de prescripción.—El Tribunal Supremo ha declarado que el período comprendido entre los Decretos de 1931 y 1948 debe tenerse en cuenta a efectos de computar la prescripción adquisitiva, dado que la vitalidad del propio derecho los mantuvo en uso, se siguieron disfrutando en las relaciones normales, fuera del ámbito meramente oficial, incluso por la actuación de la Diputación de la Grandeza, a la que se concedió validez en dicho período, de forma que la legislación de 1948 revitalizó, volvió a dar fuerza a algo que no estaba muerto. Por tanto el cese de la posesión no se produjo, lo único que hubo fue un paréntesis en que se privó de protección jurídica. En base a todo

ello, estamos ante una posesión inmemorial que excede los cuarenta años exigidos para la prescripción, sumando los períodos de prescripción tanto del demandado, como de su padre, y de su abuelo, dado que el artículo 1960 CC permite, para el cómputo del tiempo necesario para la prescripción, completarlo al suyo el de sus antecesores. (STS de 17 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Señor M. C. M. demandó al señor J. L. A. C. solicitando se declarase que el señor J. L. no era legítimo poseedor del Título de Marqués de Cartagena por existir vicios de nulidad en el acto de obtención del título, por falsedad y por violar el orden sucesorio del Mayorazgo y Título de Marqués de Cartagena. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarase, al haber poseído durante más de cuarenta años el título de Marqués de Cartagena, consolidó, frente a todos, y por prescripción, dicha dignidad nobiliaria, y que ni contra él ni sus descendientes podrá oponerse un supuesto derecho que desconozca o niegue esta legítima adquisición del título. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia desestimó el de la parte actora, y estimó parcialmente el de la demanda reconviniente y declaró que el señor J. L., al haber poseído durante más de cuarenta años el título de Marqués de Cartagena, consolidó por prescripción dicha dignidad nobiliaria. Contra la sentencia de la Audiencia, el señor M. interpuso recurso de casación, con fundamento en la infracción del artículo 6.3 CC y de la norma reguladora del Mayorazgo. (E. C. V.)

45. Tercería de dominio: requisitos para el levantamiento de embargo.—Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo son requisitos ineludibles para que prospere la pretensión de un tercerista para el levantamiento del embargo, la acreditación efectiva de su dominio y de que éste es anterior a la fecha en que se practicó el embargo (SSTS de 13 de diciembre de 1982, 17 de diciembre de 1984, 7 de marzo de 1985 y 4 de octubre de 1993). La viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio exige que la justificación documental del tercerista se refiera a la fecha en la que se realizó el embargo, causante de la privación posesoria de la propiedad, puesto que es, en ese momento, en el que se produce la perturbación del dominio. La anotación preventiva de embargo no tiene rango preferente sobre actos dispositivos previos a su realización y, por este motivo, el anotante no se ve favorecido por la fe pública registral por el hecho de que estos actos anteriores no estén inscritos, puesto que el embargo sólo puede recaer sobre bienes que, en el momento de su traba, posea y se encuentren efectivamente en el patrimonio del deudor (STS de 24 de febrero de 1995). (STS de 31 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. D. Q. M. promueve demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio contra don E. S. R, don V. F. A., los herederos de don J. J. G. V. y doña P. G. C. y la mercantil *Construcciones Juancho, S. A.*, solicitando la suspensión de las actuaciones de embargo y que se declare que el bien

pertenece libre de cargas a la actora y a su hijo. Don V. F. A., doña P. G. C y los herederos de J. J. G. V. y *Construcciones Juan-chu, S. A.*, se allanan a las pretensiones, mientras que don E. S. R. contesta a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estima plenamente la demanda, ya que «aunque en la fecha en la que se trabó el embargo las fincas no pertenecían aún en exclusiva a la tercerista y a su hijo (la escritura de adjudicación no fue otorgada hasta casi un mes después), sí les pertenecía una parte indivisa, aunque no se ha acreditado en qué medida participaban en la propiedad [...] procede estimar la demanda, al haber quedado acreditado que los bienes embargados resultantes de su división, no pertenecían en exclusiva a las personas con las que se entendía la ejecución». Se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por don E. S. R., revoca la sentencia de instancia y estima en parte la demanda, declarando que la actora era propietaria, en el momento del embargo, de una mitad indivisa de una cuota parte de las fincas embargadas, por lo que el embargo se ha de levantar exclusivamente respecto a los derechos que tenía la demandante sobre tales fincas en ese momento. (*S. E. M.*)

46. La accesión invertida.—En virtud de lo dispuesto en el artículo 361 CC y atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, los tribunales pueden, por razones de equidad y justicia efectiva, aplicar el instituto de la accesión invertida con fines de carácter proteccionista destinados, por ejemplo, a evitar la demolición de construcciones extralimitadas donde se desarrolle una actividad empresarial. No obstante, estos supuestos conducen a que, necesariamente, aquel que lleva a cabo la ocupación (edificación) ilegal y que se beneficia de la accesión, tenga que indemnizar al dueño del suelo que la sufre.

La realidad extrarregistral: artículo 38 LH.—La presunción de exactitud del Registro de la Propiedad no es absoluta, pero para que quede desvirtuada, es necesario que se acredite de manera suficiente la existencia de otra realidad extrarregistral. Cuando la plena titularidad de un terreno sea controvertida, resultará protegida la persona que adquiriera la finca del titular registral a título de dueño, salvo que quede manifiestamente probado que la plena titularidad del terreno en virtud de la realidad extrarregistral corresponde a otro. (**STS de 10 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Edificaciones Avenida, S. A.*, ejercita una acción reivindicatoria de una franja de terreno incorporada a la finca colindante, propiedad de las tres entidades mercantiles demandadas. Las fincas de los litigantes provienen de una matriz común, cuya separación y constitución como fincas independientes se realizó hace menos de treinta años.

El Juzgado de Primera Instancia respecto de la franja de terreno controvertida apreció, por un lado, la existencia de una subzona de la misma en la que procedía la accesión invertida, dada la existencia de una edificación industrial, y declaró, a su vez, la procedencia de la indemnización a la demandante propietaria del suelo por

dicha accesión. Y por otro, declaró el dominio de la actora respecto del resto de subzona de la franja de terreno que no estaba edificada. Esta sentencia es recurrida por las mercantiles demandadas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma íntegramente la resolución de primera instancia. Interpuesto recurso de casación por las demandadas, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*S. E. M.*)

47. Comunidad de bienes. Imposibilidad de división jurídica del bien común. Venta en subasta pública.—La venta en subasta pública es la solución legal cuando no hay convenio o acuerdo entre los copropietarios (STS de 8 de octubre de 1991). Se presenta como el medio legal, conforme al artículo 404 CC, para el cese de la situación de condómino, ya que de acuerdo con el artículo 400 CC, ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad cuando no existe pacto en contrario. No existe prohibición alguna para acudir a la subasta pública para poner fin a la situación de indivisión, si las partes se sitúan ante dicha subasta en una posición de igualdad jurídica. Los dos pierden su propiedad actual a favor del adjudicatario, en caso de ser este tercero (STS de 27 de diciembre de 1994), y, en caso de ser uno de ellos, incrementará éste su parte con la del otro mediante el pago del precio de la adjudicación. (**STS de 30 de noviembre de 2004**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los litigantes compraron de común y por mitad una parcela sobre la que construyeron una edificación, que dividieron en dos viviendas. Una la ocuparon los demandantes y la otra los demandados. La parcela disponía de elementos comunes (jardín, piscina y otros), y, dada su extensión, cualquier división de la misma crearía dos parcelas de extensión inferior a la parcela mínima exigida por la normativa urbanística. Los demandantes, que no desean permanecer en la comunidad de bienes formada, solicitan que, dado el carácter indivisible de los bienes que integran la comunidad, se proceda a la venta en pública subasta de dichos bienes y se reparta el precio obtenido entre todos los condóminos en proporción a sus respectivas participaciones. Los demandados se oponen a la demanda, alegando que la cosa común es divisible, por lo que solicitan que se proceda a dicha división y se adjudique a cada una de las partes la vivienda que ha venido poseyendo, quedando la parcela y los servicios existentes en la misma como elemento común de ambas.

En apelación, se revoca la sentencia desestimatoria de primera instancia y se estima parcialmente la demanda, se declara la extinción del condominio sobre la parcela y la edificación y su división conforme al artículo 401 CC. Los demandantes presentan recurso de casación en el que se alega, fundamentalmente, que la finca es indivisible y que procede su venta en pública subasta. El Tribunal Supremo estima el recurso y, en funciones de instancia, declara que la demanda debe ser estimada en su totalidad. (*L. S. M. P.*)

48. Propiedad horizontal. Autorización para cerramiento de terraza. Alcance. «Cerrar totalmente»: interpretación.—Indiscutida la autorización unánime de los integrantes de la comunidad actora, plenamente asimilable a la exigida por el artículo 11, en relación con el artículo 16.1.º LPH, ha de examinarse si los recurrentes al llevar acabo las obras de cerramiento de la terraza se excedieron de la autorización. El Tribunal Supremo entiende que tal exceso no concurre en tanto que el «cerramiento» autorizado, al acompañarse del adverbio «totalmente» da a entender que tal delimitación del espacio que la operación de cerrar comporta, lo es en las tres dimensiones. Esta interpretación no sólo es compatible con el literal de la autorización conferida en 1981, sino, como indica el artículo 1282 CC, con los actos coetáneos y posteriores a la misma, habida cuenta de que, habiéndose desarrollado las obras a la vista de los comuneros (afecta a un patio interior), durante más de diez años, no consta que se formularan objeciones y sólo cuando se inician nuevas obras es cuando se tratan de cuestionar todas en su conjunto.

Consentimiento tácito: silencio de la comunidad durante largo período de tiempo. Diez años.—Siguiendo la doctrina establecida por esta misma Sala (STS de 16 de octubre de 1992, y las allí citadas) el consentimiento que la Ley de Propiedad Horizontal exige para la modificación o alteración de los elementos comunes de un inmueble ha de ser unánime. Su constancia no requiere certificación de acuerdo; basta que el consentimiento imprescindible se logre demostrar de un modo concluyente, admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando, mediante actos inequívocos, se llega a esta conclusión. Un largo período de tiempo (veinte años en el caso de la sentencia invocada; diez años en el caso del litigio) debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, las del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe.

De modo que en supuestos como el que nos ocupa procede deducir que ha existido un consentimiento tácito, derivado del asentimiento que supone haber consentido durante tan largo período de tiempo, sin haber efectuado impugnación de clase alguna. (STS de 23 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. y su esposa, propietarios de un piso, realizan una serie de obras en la terraza interior de dicho piso, elemento común de la comunidad. Las primeras obras se realizan en 1981 e implicaron un cerramiento con uralitas no transparentes. Fueron precedidas de una autorización de todos los comuneros de la finca, fechada el 11 de julio de 1981, por la que se permitía a F. «cerrar totalmente 35 metros cuadrados de terrazas de uralitas no transparentes». En 1993, don F. y su esposa, en esos mismos 35 metros cuadrados construyen una ampliación a su vivienda.

La comunidad de propietarios acusa a don F. y su esposa de haber infringido los artículos 7, 11 y 16.1 LPH y los artículos 7.1 y 7.2, y 396 CC, porque mantienen que la autorización conferida en 1981 no cubría las obras que los propietarios realizaron en 1993.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y acogió la ilegalidad de las obras realizadas por los demandados, con excepción de la colocación del tejadillo de uralita. Recurrida la sentencia en apelación, es estimada parcialmente por la Audiencia Provincial, que establece la ilicitud únicamente de las

obras realizadas en 1993. La comunidad de propietarios interpone recurso de casación. (S. M. S.)

49. Propiedad horizontal. Cerramiento de patio mancomunado. Validez de los acuerdos mayoritarios. Ausencia de perjuicio a los intereses de los locales.—El Tribunal Supremo establece la validez de los acuerdos mayoritarios en el tema del cerramiento porque la instalación de este nuevo elemento no va a perjudicar a los intereses de los locales, ya que no se impedirá el acceso a los mismos, que lo tienen por la calle y no por el interior de la zona común, ni la visión de los mismos, ni menos aún la accesibilidad para el público en general, porque no se pretende un cerramiento compacto y fijo, como se desprende del proyecto que la comunidad de propietarios acompañó.

Como el cerramiento no ha de impedir la visión de los locales ni el acceso a ellos en horario comercial, ningún perjuicio se causará con el mismo, sino el beneficio que implica una mayor seguridad deseable, tanto para el desarrollo de la vida personal como para la actividad comercial, razones que imponen, de conformidad con reiterada jurisprudencia, la declaración de validez del acuerdo mayoritario.

Intrascendencia del derecho de servidumbre.—Los recurrentes sostienen que el acuerdo supone un ataque o quebranto para el derecho real de servidumbre que corresponde sobre el patio en cuestión. El Tribunal Supremo afirma que la existencia de ese supuesto derecho a favor del recurrente, en nada obsta a la declaración de viabilidad del acuerdo impugnado, además de que no se discutió en la apelación. (STS de 9 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos fases de un edificio que constituyen comunidades independientes acuerdan de forma conjunta por mayoría cualificada el cerramiento del patio mancomunado por medio de verja y puerta móvil, con el fin de impedir o dificultar la indebida utilización del patio por extraños. Dos de los propietarios de varios bajos comerciales ubicados en las comunidades acordantes y afectados por el cerramiento impugnan el acuerdo. Alegan que se trata de una modificación en elemento común que requiere ser acordado por unanimidad y que el acuerdo en cuestión supone un ataque o quebranto para el derecho real de servidumbre sobre el patio en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por los dos propietarios y decretó la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos. La Audiencia Provincial dejó sin efecto tal suspensión. (S. M. S.)

50. Propiedad horizontal. Interpretación de las cláusulas estatutarias. Modificación de título constitutivo.—La cuestión se centra en establecer si tanto los acuerdos de las comunidades como los de la mancomunidad (cambio de instalaciones y distinta ubicación de las nuevas calderas) tienen virtualidad suficiente para amparar el cambio llevado a cabo, que sostienen los demandantes que constituye modificación del título constitutivo. El Tribunal Supremo inicia su razonamiento interpretando si, en realidad, los cam-

bios realizados supone una modificación de lo establecido en el título constitutivo. Las cláusulas estatutarias o constitutivas han de interpretarse por su sentido literal, si los términos son claros, y, si las cláusulas admiten, no obstante, diversos sentidos, deben entenderse conforme al más adecuado para que produzcan efecto y que se atribuya a las que sean dudosas, una interpretación conjunta con las demás. Sin olvidar, en fin, que, en cuanto tales cláusulas son normativas adecuadas para regir las relaciones (de convivencia y de uso) de las partes, habrá que acudir a sus antecedentes y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo principalmente a su espíritu y finalidad.

La finalidad del título constitutivo de la mancomunidad y de las comunidades demandadas era constituir un sistema completo de calefacción entre dos edificios, para beneficio de un grupo de seis, entre los que estaban incluidos esos dos, distribuyéndose los elementos entre aquéllos, y dado que, al tiempo de su instalación, por ser entonces de carbón, no se pudo prever el posible cambio posterior a gasóleo, en cuanto que este adelanto técnico ocurrió bastantes años después se ubicó la instalación por partes entre dos de las fincas. Para todo ello, según copia parcial del título constitutivo aportado por los actores y no cuestionada por las otras partes, se establecen en el mismo, una serie de vinculaciones jurídicas entre los edificios antes citados, consistentes en sendas servidumbres de paso recíprocas, haciéndose especial mención a las dependencias denominadas «cuarto-carbonera de la Dirección001» y «cuarto de calefacción de la Dirección001», compartimentos que, pese a pertenecer a distintos bloques, estaban contiguos y comunicados entre sí. Además, en términos del propio título, se constituye «servidumbre consistente en la prestación del servicio de calefacción por la primera –Dirección001– a favor de las restantes, por las calderas instaladas en el predio sirviente». Servidumbre que es completada por la constitución de otro gravamen de paso recíproco de las tuberías precisas y de personas para las reparaciones necesarias.

Entiende el Tribunal Supremo que no existe tal cambio o modificación del título constitutivo, pues éste hay que entenderlo sólo en el sentido de creación de un sistema de calefacción común. Y la acomodación del servicio común a las nuevas tecnologías no transgrede aquellas normas, resultando, en definitiva, que las servidumbres que se establezcan se adecuarán al hecho físico del cambio, como más adecuado al buen uso de un elemento común, que en sí solo lo es la calefacción comunitaria, que ha de adecuarse a los nuevos sistemas, tanto del uso como de los nuevos tiempos.

No existe, en definitiva, modificación del título constitutivo en lo referente al sistema de calefacción común ni del régimen estatutario de la urbanización ni de los de dos edificios afectados en la misma, y, por tanto, no rige el sistema de unanimidad. (STS de 22 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.–Seis fincas urbanas están integradas a efectos de su régimen de comunidad, individualmente, cada una de ellas, por una Junta de Propietarios independientes y, el conjunto constituye una mancomunidad de edificios, comprensiva de una urbanización.

Al momento de constituir las comunidades, se establece un sistema de calefacción por carbón, común a todos los edificios. El título constitutivo recogía la ubicación de las calderas en el bajo de uno de los edificios –cuyo suelo hubo que rebajar– y el cuarto carbonera en un edificio distinto. Posteriormente, se acuerda la susti-

tución de la calefacción de carbón por otro de gas natural. Siguiendo el consejo de los instaladores, la mancomunidad aprueba (con la sola oposición de una de las comunidades) que las calderas correspondientes se ubiquen en el edificio en el que antes estaban las carboneras, ya que resultaba menos peligroso.

Un matrimonio, propietario de una vivienda en la comunidad disidente, impugna los acuerdos de la Junta de la mancomunidad por no haber respetado el régimen unánime de los acuerdos que modifican el título constitutivo de la urbanización, en relación con el cambio de sistema de la calefacción. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial acoge parcialmente el recurso. (S. M. S.)

51. Propiedad Horizontal. Nulidad de los acuerdos adoptados en Junta que no consten en el orden del día.—La jurisprudencia exige que en el orden del día se consignen los asuntos a tratar en la Junta, para que puedan llegar a conocimiento de los interesados. De otro modo, al ser la asistencia meramente voluntaria, sería fácil prescindir de la voluntad de determinados propietarios. No es admisible, por tanto, la adopción de acuerdos que no estén en el orden del día, ni tan siquiera bajo el epígrafe de «ruegos y preguntas», por considerarse sorpresivo para la buena fe de los propietarios.

Acción de nulidad de acuerdos de la Junta. Legitimación activa.—No la tienen aquellos propietarios que no hayan mostrado su disconformidad en la Junta en la que se acordaron, aunque en Junta posterior muestren su disconformidad en el apartado correspondiente a «aprobación de la Junta anterior»: este apartado no autoriza en modo alguno para desdecirse de la propia conducta anterior, sino que sólo permite las rectificaciones o imprecisiones que hayan podido producirse al recoger lo sucedido en la Junta anterior.

Plazo de interposición de la acción de nulidad de los acuerdos comunitarios. Artículo 16.4 LPH 1960.—Es un plazo que posee naturaleza civil, no procesal, por lo que no se descuentan los días inhábiles. Es de caducidad, apreciable de oficio y no susceptible de interrupción. (STS de 10 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El 6 de abril de 1996 se acuerda en Junta de Propietarios la instalación de una antena de telefonía móvil en el edificio. Este acuerdo no se incluyó en el orden del día de la Junta en la que se aprobó. Don R. L. L. y don G. G. M. estuvieron presentes en la Junta y no manifestaron su voluntad en contrario, pero en la Junta de fecha posterior pusieron de manifiesto su oposición al acuerdo en el apartado «aprobación del acta de la Junta anterior». Don D. V. G. no estuvo presente en la Junta mencionada en primer lugar, ni le fueron notificados los acuerdos tomados en ella.

El Presidente de la comunidad, actuando en virtud del acuerdo mencionado, procedió a la firma de un contrato de arrendamiento para la instalación de la antena.

Don R. L. L., don G. G. M. y don D. V. G. dirigieron escrito el 31 de julio de 1996 a la Cámara de la Propiedad de Huelva a fin de que designase árbitro de equidad para entender del conflicto sobre la nulidad del acuerdo. Recibida la contestación en la que se les informaba que las Cámaras habían dejado ya de existir legal-

mente, interpusieron demanda en el Juzgado el 5 de septiembre de 1996.

El Juzgado estima la demanda, siendo ésta desestimada en apelación. (B. F. G.)

52. Propiedad horizontal. Tipos de acuerdos ilegales.—La jurisprudencia distingue dos tipos de acuerdos: 1) Aquellos cuya ilegalidad es posible sanar, en virtud de la caducidad de la acción de impugnación (en un plazo de treinta días); en este grupo se incluyen los acuerdos que contravienen cualquier precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la Comunidad; 2) En el segundo grupo se incardinan acuerdos cuya ilegalidad conlleva la nulidad radical o absoluta sin posibilidad alguna de subsanación, por infringir cualquier otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención, o por ser contrarios a la moral, o al orden público o por implicar un fraude de ley.

Regla de la unanimidad para la realización de obras que afecten a los elementos comunes. Modulación por la nueva Ley de Propiedad Horizontal.—La realidad actual muestra una clara tendencia a la no exigencia de la unanimidad cuando se trate de obras que, aun afectando a los elementos comunes, sean de interés general. Hoy en día se considera que la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad; así se refleja, además, en el artículo 17 LPH. Añádase a lo anterior que las normas de seguridad, como son las que, en el caso concreto, obligaban a la realización de las obras en cuestión, son de orden público y de obligado cumplimiento, por lo que frente a las mismas no cabe oponer ninguna regla estatutaria. (STS de 2 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1986 el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos del Ayuntamiento de Barcelona emitió un informe en el que se ponían de manifiesto las deficiencias del edificio de la comunidad actora. A finales del año 1993 se produce un incendio en el edificio que provoca la total destrucción de las tres últimas plantas.

El 22 de marzo de 1994 se reúne la comunidad de propietarios del edificio, asistiendo el 83,85 de las cuotas de participación. Se acuerda, con el voto en contra de dos propietarias que representan el 0,55 cada una, la reconstrucción del edificio y su adecuación a las normas municipales contra incendios. Aprobado el presupuesto y ratificado en nueva Junta convocada al efecto, se procede a notificar el acuerdo a la propietaria *Inmuebles Alemán, S. L.*, que no había asistido. Dicha propietaria contesta oponiéndose a la realización de las obras, aduciendo que, al afectar al título constitutivo, se requiere la unanimidad para ser aprobadas.

Inmuebles Alemán, S. L., deja de abonar las derramas mensuales acordadas. La comunidad interpone demanda reclamando a la propietaria el pago de las derramas. En el dictamen pericial dictado en la litis, consta que las obras realizadas por la comunidad inciden en los elementos comunes. (B. F. G.)

53. Propiedad intelectual. Originalidad exigible para la protección de lo creado.—Para que la creación humana merezca la consideración de obra el presupuesto primordial es que sea original. En su perspectiva objetiva, la originalidad consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente. Y esa originalidad ha de tener una relevancia mínima, que no alcanza el supuesto debatido, porque únicamente constituye una muestra del «juego de la rifa», sin que la idea de su finalidad para promocionar periódicos o revistas ofrezca suficiente nivel para dotarla de los caracteres de singularidad e individualidad y distinguibilidad.

No puede considerarse «obra menor», categoría cada vez más numerosa, que la doctrina alemana llama «moneda pequeña» o «kleine Münze». (STS de 24 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El 15 de enero de 1990, *Meeting Ibérica, S. A.*, realiza el Depósito Legal e inscripción provisional en el Registro de la Propiedad Intelectual de un denominado «Juego Promocional de Publicaciones». El juego consiste en la numeración de los ejemplares de los periódicos o revistas que se quieren promocionar y la celebración de un sorteo en el que el poseedor del núm. agraciado es ganador del premio establecido.

En el núm. de abril de 1993, la revista *Prima*, editada por *Axel Springer Publicaciones, S. L.*, publica las bases de un concurso que responde al mismo esquema de juego que el que *Meeting Ibérica, S. A.*, emplea para sus promociones. *Meeting Ibérica, S. A.*, demanda a *Axel Springer* indemnización como consecuencia de la violación de derechos de propiedad intelectual sobre el juego registrado a nombre de la primera.

El Juzgado de Primera Instancia estima las peticiones de la actora y es confirmada en apelación. (S. M. S.)

54. El «enclavamiento» de una finca como requisito para la constitución de una servidumbre de paso.—El requisito de «enclavamiento» del predio dominante, que exige el artículo 564 CC para que se acuerde la constitución de una servidumbre de paso (ubicación del fundo dominante entre otros ajenos y sin salida al camino público), no es necesario para la constitución de una servidumbre voluntaria. De hecho, tal constitución de una servidumbre voluntaria depende exclusivamente de la voluntad de las partes y no es impedimento a la misma que el predio dominante tenga o no salida a camino público.

Carácter voluntario de una servidumbre de paso ganada por prescripción.—El Tribunal Supremo califica de voluntaria la servidumbre de paso ganada por prescripción, al considerar que, en estos casos, la voluntad se encuentra implícita en la falta de oposición al ejercicio reiterado que da lugar a la adquisición del gravamen.

Adquisición de servidumbres por prescripción inmemorial con arreglo a la legislación anterior al Código civil.—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de julio de 1961 y 15 de febrero de 1989), para que se entienda adquirida una servidumbre por prescripción inmemorial al amparo de la legislación anterior al Código civil (Ley 15, del Título 31, de la Partida 3.^a), es necesario que la inmemorialidad ya se hubiera causado antes

de la vigencia del Código, puesto que no puede dividirse en dos períodos ni determinarse respecto de ella un punto inicial o de arranque.

Deber de motivación de las sentencias y valoración de la prueba.—El Tribunal Supremo recoge en diversas sentencias (sirvan de ejemplo, las SSTS de 3 de marzo y 5 de mayo de 1998 y 12 de julio de 2000) la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional respecto del deber de motivación y su doble función: facilitación del conocimiento de las reflexiones que conducen al fallo —como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y como elemento preventivo frente a la arbitrariedad— y facilitación del control del fallo, mediante los recursos que procedan (entre otras, SSTC 54/1997 y 32/1996). En todo caso, afirma el Tribunal Constitucional que este principio no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo, sino que han de considerarse suficientemente motivadas las resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la *ratio decidendi* en el caso concreto (SSTC 28/1994, 153/1996). En aplicación de esta jurisprudencia a la cuestión de la valoración de la prueba, el Tribunal Supremo afirma que no es necesaria una detalladísima labor de investigación de las pruebas, siendo suficiente con que se alcancen, con cierta racionalidad jurídica, una o varias conclusiones que justifiquen el fallo (SSTS de 9 de junio y 24 de julio de 1998). En cambio, ha de ser condenada la práctica desarrollada en ocasiones por los tribunales que omiten la valoración de la prueba y suplen tal omisión con una remisión al conjunto de todos los medios probatorios aportados, ya que esta práctica no permite comprobar qué norma valoratoria de cada una de las pruebas ha seguido el juez o tribunal en esa labor (STS de 5 de junio de 1998). No es, sin embargo, contrario a nuestro sistema que, en virtud del principio de libre apreciación y valoración de la prueba, el Juez acuda a unos determinados medios de prueba con preferencia a otros, para establecer la base fáctica de su fallo, salvo que se vulnere con ello principios de prueba tasada.

Personación ante el órgano competente para conocer del recurso de apelación.—Para ser tenido por apelante se requiere una declaración expresa ante el órgano competente para conocer del recurso de apelación por parte de quien ha interpuesto el recurso, sin que sea suficiente que este sujeto figure como demandante cuya pretensión ha sido desestimada en la sentencia contra la que se apela, ni que se trate de uno de los otorgantes del poder en virtud del cual se persona el apoderado ante el órgano de alzada.

Indefensión por quebrantamiento de normas procesales.—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 43/1989, 101/1990, 105/1995 y 94/1998), para que exista indefensión, no es suficiente con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, sino que es necesario, por un lado, que ese defecto formal haya supuesto un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de la parte que alega la indefensión y, por otro, que la indefensión producida no sea debida a su propia voluntad o a su falta de diligencia. (STS de 16 de diciembre de 2004; ha lugar a un recurso; no ha lugar a tres recursos.)

HECHOS.—En el término municipal de Obejo existe un camino que discurre entre diversas fincas y desemboca en el llamado «camino de la Usera». Resulta probado que el citado camino, del que no existe memoria de la época de su trazado o de quién lo trazó, ha sido utilizado por los actores y sus causantes desde tiempo inmemorial. En un momento dado, sin embargo, los propietarios de

algunas de las fincas que atraviesan el camino, impiden el libre paso por el mismo.

Doña M. R. H. G. y su esposo, así como los hermanos L. C., propietarios de otras fincas por las que discurre el camino, interponen demanda sobre servidumbre de paso contra los propietarios de las fincas en las que se ha impedido el paso por el mismo (los hermanos M. M., don J. M. G. y don M. M. C.). Se pide que se declare el camino como bien de uso público o, subsidiariamente, que se reconozca la existencia de una servidumbre de paso por el mismo, siendo predios sirvientes las fincas propiedad de los demandados y predios dominantes, las de los actores.

La demanda es desestimada en primera instancia. Interpuestos sendos recursos de apelación por los demandantes (uno por doña R. H. G. y su esposo y otro por uno de los hermanos L. C.), la Audiencia Provincial estima sólo el recurso de don A. L. C., en parte, declarando la existencia del camino y de una servidumbre de paso a favor de su finca, servidumbre ganada por prescripción inmemorial. Se declaran como predios sirvientes los de don M. M. C. y doña A. M. M., condenando a todos los apelados a reponer el camino en su estado originario. Frente a esta sentencia interponen recurso de casación tanto los demandantes en primera instancia (concretamente, doña M. R. H. G. y su esposo, por un lado, y, por otro, el restante hermano L.C., que se entendió que no se había personado en el recurso de apelación), como los demandados (por una parte, don M. M. C. y, por otra, los hermanos M. M.). El Tribunal Supremo declara haber lugar únicamente al recurso de doña M. R. H. G. y su esposo. (A. M. M.)

55. Retracto de colindantes. Caracterización de esta limitación de la propiedad: motivación de interés general.—Según la STS de 18 de abril de 1994, es doctrina jurisprudencial reiterada que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica —minifundio—, allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza.

Como todos los retractos legales, el de fincas colindantes del artículo 1523 CC, es una limitación de la propiedad a modo de cargas de derecho público, porque aunque puedan redundar en provecho de particulares, están motivadas por el interés general.

En el caso enjuiciado se desestima el motivo de casación porque no consta que la finalidad perseguida por el demandante de retracto sea la de obtener un mejor rendimiento o explotación de las fincas colindantes. Más bien parece que la verdadera finalidad es la de recuperar la propiedad de la parcela perteneciente, antes de las segregaciones, a la madre del pretendido retrayente, reservándose aquélla el derecho de usufructo sobre las fincas segregadas. Así se deduce de la invocación del retracto gentilicio del Derecho aragonés, conocido como «derecho de abalorio o de la saca», que sí persigue este efecto recuperatorio. (STS de 20 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor es pretendido retrayente de un predio rústico que, junto a la que hoy es su parcela, antes de las segregaciones de las que resultan las fincas del actor y del demandado, pertenecía

a la madre del pretendido retrayente, que las donó a éste y su hermano, respectivamente, reservándose ella misma el usufructo de las fincas segregadas.

El Tribunal de Primera Instancia desestima los pedimentos del actor. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. La parte demandante interpone recurso de casación. (S. M. S.)

56. Tercero hipotecario: requisito de la buena fe.—Según jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 5 de enero de 1977 y 14 de julio de 1988), la buena fe a que se refiere el artículo 34 LH es idéntica, en su formulación negativa, a la exigida al poseedor en el artículo 433 CC (la ignorancia de que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalida) y, en su formulación positiva, a la consagrada en el artículo 1950 CC (la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio).

Diversas sentencias (SSTS de 16 de marzo de 1981, 10 de febrero de 1983 y 6 de febrero de 1984) reconocen que la buena fe del artículo 34 LH consiste en un estado psicológico; esto es, en el error del adquirente sobre la titularidad y disponibilidad del derecho por parte del causante. Ahora bien, ese estado no se define únicamente por consideraciones psicológicas, sino que también ha de atender a consideraciones objetivas, ya que debe ser tenido en cuenta el comportamiento exigible según un modelo socialmente admitido. Esto se deduce del artículo 36 LH, que regula la usucapición *contra tabulas*, al equiparar el conocimiento a la existencia de «medios racionales y motivos suficientes para conocer» y el desconocimiento al no haber «podido conocer». También lo exige la jurisprudencia tanto al delimitar la figura del tercero del artículo 32 LH (entre otras, SSTS de 30 de diciembre de 1975, 29 de mayo de 1979 y 21 de octubre de 1980), como al interpretar el propio artículo 34 LH (SSTS de 5 de julio de 1985 y 14 de julio de 1988). Finalmente, lo exige el propio régimen del error. De esta forma, para que merezca algún tipo de protección quien padece el error, éste no ha de ser inexcusable (esto es, evitable con una conducta razonablemente diligente), conforme a la regla *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*. En conclusión, no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido. (STS de 7 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad francesa *La Bazarnaise* compra una finca a don P. M. G., su titular registral. Pese a que adquiere mediante escritura pública, no inscribe su título en el Registro de la Propiedad. Años después, doña M. T. N. G. compra esa misma finca a don J. M. A., quien, a su vez, la había adquirido por medio de subasta celebrada en juicio ejecutivo que se siguió contra el titular registral.

Tanto en la demanda de la sociedad como en la reconvenición de doña M. T. N. G. se ejercitan acciones declarativas de dominio y de nulidad de los títulos del oponente respectivo. En primera instancia, se atribuye a doña M. T. N. G. la condición de tercera hipotecaria. Sin embargo, posteriormente, la Audiencia Provincial considera que dicha señora no reúne la buena fe que exige el artículo 34 LH para

que sea preferida su adquisición *a non domino*. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por doña M. T. N. G. (M. C. C. M.)

57. Acción de rectificación registral del artículo 40 LH.—Los artículos 34 y 40, *d*) LH conceden la máxima protección al adquirente *non domino* de un modo determinado y no de forma absoluta e incondicionada. Tal protección consiste en mantenerle en su adquisición una vez haya inscrito su derecho. Para que se produzca esta consecuencia, el presupuesto de la buena fe del tercero debe concurrir en todo momento hasta la consumación del ingreso del derecho real en su patrimonio. La mencionada protección quedará supeditada igualmente a que se efectúe la inscripción registral. (STS de 9 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio formado por don J. G. M. y doña A. C. Z. adquieren un piso en 1975, en virtud de contrato privado, que es elevado a escritura pública en 1986. Poco después se trasladan a vivir a ese piso, que vienen ocupando de forma ininterrumpida hasta la actualidad. Aunque la citada vivienda se encontraba en el entresuelo tercero, por error se consigna que el concreto inmueble se encuentra en el entresuelo primero. El entresuelo en el que, según el Registro, se ubica la vivienda —entresuelo primero— es adjudicado en auto de 1984 a la *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa)* en procedimiento sumario del artículo 131 LH instado por esa entidad frente al titular registral. Por ello, el citado matrimonio promueve una acción de rectificación del Registro de la Propiedad del artículo 40 LH contra *La Caixa*, alegando la discordancia notoria entre la realidad jurídica extrarregistral y la realidad que publica el Registro inmobiliario.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimatoria de la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los actores y declara la nulidad de la inscripción de la finca registral en conflicto; reconoce asimismo el dominio sobre la expresada finca a favor de los actores. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por *La Caixa*. (M. C. C. M.)

58. Extinción por prescripción de la obligación garantizada con hipoteca: subsistencia de la hipoteca.—El Tribunal Supremo afirma que debe descartarse que la prescripción de la acción personal para reclamar el cumplimiento de la obligación asegurada sea causa de extinción de la hipoteca que garantiza dicha obligación; esto es, la prescripción de la acción personal no extingue la acción real hipotecaria. (STS de 19 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Sociedad de Inversiones y Desarrollo Empresarial, S. A.*, interpone una demanda contra don A. E. E. y la compañía mercantil *AER, S. A.*, en la que solicita, entre otras cosas, que se declare la nulidad de pleno derecho de la escritura pública de

emisión de obligaciones hipotecarias otorgada en febrero de 1987 por los demandados, asimismo se solicita que se declare nula de pleno derecho, o, alternativamente, cancelada, la inscripción registral a que dio origen la citada escritura pública en el Registro de la Propiedad de Puente Caldelas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara extinguida la hipoteca constituida sobre la finca rústica denominada *Monte Campo Dos Verdes*, por la extinción de la obligación principal. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida, desestimando la demanda. (*M. J. P. G.*)

59. La forma de la notificación en el procedimiento de ejecución hipotecaria.—En el procedimiento de ejecución hipotecaria se contrarresta su dureza con un rigor formal en la garantía de los derechos, tanto del deudor como de terceros. De tal modo que la no realización o la realización ilegal de la notificación conduce a la declaración de la nulidad del procedimiento, según el artículo 132 LH. La notificación puede realizarse por edictos, siempre que no concurra el supuesto de hecho del artículo 269 LEC. En el presente caso, no concurría tal supuesto de hecho, ya que en el Registro de la Propiedad constaba el domicilio de la sociedad titular del embargo. La notificación edictal no procedía, por ser de naturaleza esencialmente subsidiaria. La notificación no se hizo correctamente y ello conduce a la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El tercero hipotecario. Requisitos. Artículo 33 y artículo 34 LH.—El llamado tercero hipotecario queda protegido por el artículo 34 LH y requiere que se trate de un subadquirente, que no ha participado en el negocio declarado nulo. De no ser así, es de aplicación el principio sentado por el artículo 33 LH, según el cual, «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». La doctrina del Tribunal Supremo tiene pacíficamente establecido que, para aplicar el artículo 34 LH es preciso que sea válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria (SSTS de la Sala Primera citadas y reiteradas: 21 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1990, 17 de octubre de 1989, 18 de marzo de 1987). En consecuencia, si es nulo el procedimiento judicial sumario, el adjudicatario de la subasta no es tercero protegido por el artículo 34 LH. La STS de 16 de mayo de 1994 aclara que sí es tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH el adquirente del adjudicatario, añadiendo que «en caso contrario, la propia nulidad se refiere al título adquisitivo, esto es, al acto adquisitivo entre ese tercero adquirente y el transmitente y entonces entrará en juego el artículo 33 LH y esa nulidad de dicho acto adquisitivo determinará la ineficacia de la tutela específica del artículo 34 LH».

En el caso presente, la protección del artículo 34 LH no alcanza al adjudicatario, la sociedad *Industrias Isla Color, S. L.*, pues como dijo la STS de 18 de febrero de 1994, esta sociedad adquirió la finca objeto de ejecución hipotecaria por cesión de remate y ésta no es sino una aplicación concreta del negocio jurídico por persona a designar, por el que una parte se reserva la facultad de designar a una persona determinada para que ocupe el puesto de parte en el negocio jurídico que el anterior perfeccionó.

Y la validez de la hipoteca inscrita a favor de la *Caja de Ahorros* cede también ante la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. La aplicación de la protección del artículo 34 LH exige, entre otros requisitos, que se adquiera (la titularidad de que se trate) del titular registral. Por tanto, se exige la titularidad registral del transmitente al momento de la perfección del contrato, no al momento de la inscripción a favor del adquirente (así la STS de 22 de abril de 1994, que ahora se reitera). En el presente caso, el contrato se celebró entre *Industrias Isla Color, S. L.* (prestataria) y *Caja de Ahorros* (acreedor del préstamo y titular de la hipoteca). La escritura se celebró antes de que la primera fuese titular registral; aunque se inscribió, obviamente, cuando ya era titular registral de modo efectivo. **(STS de 23 de septiembre de 2004; ha lugar.)**

HECHOS.—La demandante en la instancia, *Derivados Electroquímicos Levante, S. A.* era titular de una anotación preventiva de embargo cuando se instó y tramitó, por la entidad codemandada *March Hipotecario, S. A.*, un procedimiento judicial sumario de realización de hipoteca (art. 131 LH), contra el titular registral deudor hipotecario. Se libró exhorto al Juzgado de Primera Instancia que había ordenado este embargo, a fin de que notificaran la existencia del nuevo procedimiento a aquella sociedad. El Juzgado se negó a hacerlo, ya que la notificación debe ser personal y devolvió el exhorto sin cumplimentar. En la anotación de embargo constaba la localidad de domicilio de la sociedad, aunque no se especificaba que perteneciese a la provincia de Barcelona. Al devolverse el exhorto, la sociedad ejecutante solicitó y el Juzgado dio lugar a la notificación del procedimiento de ejecución hipotecaria por medio de edictos.

March Hipotecario, S. A., quedó como rematante con facultad de ceder a tercero de la finca hipotecada objeto del procedimiento y cedió el remate a *Industrias Isla Color, S. L.*, dictándose Auto de adjudicación a su favor el 29 de noviembre de 1994; el 16 de febrero de 1995 se practica la inscripción de su dominio en el Registro de la Propiedad y se inscribe la hipoteca que, en garantía de préstamo se había otorgado el anterior 1 de diciembre de 1994, a favor de la también codemandada *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares*.

La entidad *Derivados Electroquímicos Levante, S. A.*, ha ejercitado la acción de nulidad, interesando la nulidad de las actuaciones del procedimiento desde la notificación de la existencia del mismo por medio de edictos, pese a constar su domicilio en la anotación de embargo. Ha dirigido la acción contra la parte que instó el procedimiento (*March Hipotecario, S. A.*), la adjudicataria (*Industrias Isla Color, S. L.*) y contra *Caja de Ahorros...*, manteniendo estos dos últimos su condición de tercero hipotecario y reclamando la protección que les confiere el artículo 34 LH.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Y la Audiencia Provincial, revocando la anterior sentencia, denegó la nulidad de actuaciones. (S. M. S.)

60. Ejecución hipotecaria. Rigor formal del procedimiento judicial sumario (art. 131 LH): principio general.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (refrendada por la STC 52/1998, de 3 de marzo) declara que el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH se caracteriza por su rigor formal, debido a que su extraordinaria limitación de cognición procesal exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos.

Ejecución hipotecaria. Procedimiento judicial sumario. Omisión de trámites y requisitos exigidos por el artículo 131 LH: nulidad.—El Tribunal Supremo afirma que constituye causa de nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria tanto la omisión del requerimiento formal de pago al deudor (reglas 3.^a y 4.^a del art. 131 LH), como la omisión de la notificación al deudor ejecutado de la celebración de la subasta (regla 7.^a del art. 131 LH), salvo que el deudor hipotecario (demandante de nulidad) hubiera tenido efectivo conocimiento extraprocesal de la existencia del procedimiento o de la celebración de la subasta. (STS de 3 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Iberi, S. A.* (deudora hipotecaria) interpone una demanda contra la entidad financiera *Caja Madrid* (acreedora hipotecaria) y la entidad mercantil *Inversiones Bidearte, S. A.* (cesionaria del remate) con la finalidad de que se dicte una sentencia que declare la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH porque el acreedor no ha realizado el preceptivo requerimiento de pago a la deudora (la entidad *Iberi, S. A.*) ni ésta ha sido notificada con antelación del lugar, día y hora de celebración de la subasta de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 siguientes y 681 siguientes de la vigente LEC. (*M. J. P. G.*)

61. Requerimiento de pago del artículo 131 LH.—El artículo 131 LH autoriza a practicar el requerimiento de pago al pariente más próximo, por lo que ha de considerarse cumplido este requisito cuando tal requerimiento se haga al marido, salvo que se demuestre que el matrimonio vive separado o que los cónyuges no mantienen comunicación. Ello es debido a que, en virtud del artículo 1383 CC, los cónyuges han de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquiera de sus actividades económicas. (STS de 2 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña F. N. G. promueve juicio de menor cuantía en el que solicita la nulidad del procedimiento hipotecario tramitado a instancias del *Monte de Piedad* y *Caja de Ahorros de Córdoba* contra ella y su marido, por no haber sido requerida de pago ni perso-

nal ni judicial ni notarialmente, ni tampoco haberle sido notificada la existencia del procedimiento, pese a que el bien hipotecado pertenecía a la sociedad legal de gananciales. Los hechos probados demuestran que tal requerimiento fue practicado en la persona del esposo de la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y, en consecuencia, absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. La referida sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por la demandante. (*M. C. C. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

62. Liquidación de la sociedad de gananciales: extracción no consentida de c. c. común: devolución al caudal común actualizada: incongruencia: imperatividad del artículo 1397 CC: donación al hijo no probada.—La congruencia no significa conformidad rígida y literal entre demanda y sentencia, sino racional correspondencia. Por ello no hay incongruencia si la demanda alude a la suma de once millones extraída sin autorización de una c. c. común y la sentencia condena a su devolución actualizada, ya que el artículo 1397 CC es imperativo. Por otra parte, la supuesta donación al hijo de aquella suma no se ha probado.

Carácter de la pensión de jubilación.—Vigente el matrimonio, la pensión que cobraba el marido en concepto de jubilación se encontraba sometido a la obligación de soportar el sostenimiento de la familia según el artículo 1362-1.º CC, pero una vez disuelta la sociedad no puede entenderse que subsista dicha obligación. Por otra parte la jubilación es un derecho personal del trabajador al que no es aplicable el artículo 1358 CC.

Carácter de las cotizaciones.—No es aplicable el artículo 1358 CC a las cantidades empleadas para generar la pensión, sino más bien es un gasto necesario para poder obtener rendimiento del trabajo que el esposo realizó durante la vigencia de la sociedad, rendimiento que fue ganancial, siendo por tanto ganancial la cotización abonada con cargo a la sociedad, sin que deba reembolsarse nada ahora a su activo. (**STS de 20 de diciembre de 2004**; no ha lugar.) (*G. G. C.*)

63. Separación matrimonial: liquidación el régimen económico matrimonial: adjudicación de lotes: uso exclusivo de la vivienda familiar por esposa e hijos: decisión judicial de procederse a subasta si la esposa no abona compensación económica: procedimientos de asegurar el uso exclusivo: *ius ad rem* inscribible.—La pretensión de la esposa de asegurarse el uso exclusivo de la vivienda debía haberse planteado en apelación, o haberse propuesto por la vía de la aclaración de la sentencia, al no quedar claro este aspecto de la sentencia de apelación, dados los intereses familiares en juego, dignos de toda protección; la salvedad sobre la disposición restringida por el cónyuge tendría su especial reserva en la inscripción registral pues la jurisprudencia de esta Sala ha definido este uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem* accesible al Registro de la Propiedad, si bien no puede impedirse la ejecución para dar

satisfacción a créditos exigibles (STS de 22 de mayo de 1985). Por ello la pretensión del actual recurso es, en sí, inadmisibile, tal como se plantea, sin perjuicio de poder la esposa hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los intereses de los usuarios, concedidos por decisión judicial por el período que se establezca. (STS de 14 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Se solicita la liquidación de la sociedad de gananciales por el marido, petición a la que, en definitiva, se accede tras algunas diferencias puntuales con la esposa. El recurso se casación de ésta se concentra en un punto concreto de la sentencia de apelación, que impone a la mujer el abono de la suma de 99.294 de pesetas para igualar los lotes y cuyo impago originará la venta en subasta de la vivienda. En tal situación, argumenta la esposa, quedará ineficaz el uso exclusivo de la vivienda familiar por ella y sus hijos hasta la mayoría de edad del menor de ellos. El recurso se desestima si bien ofrece algunas soluciones a la recurrente con vistas a la protección de los hijos menores. (G. G. C.)

64. Unión de hecho: ruptura: medidas sobre hijos comunes: patria potestad compartida y guarda de la madre: incongruencia.—Ver-sando el litigio entablado entre recurrente y recurrida sobre las medidas a adoptar en relación con el hijo común de ambos, con motivo de la ruptura de la unión de hecho establecida entre aquéllos, la sentencia recurrida acuerda que «el hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre en el, hasta ahora, hogar familiar; se denuncia incongruencia al no haber solicitado ninguna de las partes tal atribución del que había sido hogar familiar, vivienda de propiedad exclusiva del padre. Ahora bien, en la adopción de las medidas a adoptar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el artículo 158 CC al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el artículo 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo de los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales. Por ello al proveer el juzgador a la necesidad de vivienda del menor y de la madre a cuya guarda y custodia se le confía en la forma que se ha transcrito, no ha incurrido en incongruencia puesto que, en estos casos, el juzgador no está vinculado a la concreta forma de satisfacer estas necesidades del hijo a lo peticionado por los padres litigantes.

Protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho.—En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia *more uxorio* y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, debe entenderse que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes (art. 1.1 y 1.4 CC), de los que deriva el principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho (STS de 10 de marzo de 1998), lo que resulta aplicable no sólo al conviviente sino a los hijos menores de edad.

Ponderación de los intereses en presencia: artículos 142 y 154 CC.—El Tribunal ha realizado una ponderada valoración de los intereses de ambas

partes al estimar más digno de protección el del hijo menor y el de su madre, a la que se confía su guarda y custodia. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

65. Patria potestad sobre hija de padres separados y divorciados: incapacitación después de la mayoría: rehabilitación de la patria potestad: auto aclaratorio de oficio que atribuye la patria potestad a la madre: nulidad: rectificación de errores materiales.—La jurisprudencia constitucional es clara en el sentido de que, con la excusa de rectificación de errores materiales, no se pueden modificar los elementos esenciales de la sentencia, ni ello puede servir de remedio a la falta de fundamentación de la resolución firme, ni para corregir errores judiciales de calificación jurídica. En el presente caso la Audiencia Provincial fue congruente con sus fundamentos al rehabilitar, en cuanto a la patria potestad, la situación jurídica anterior, pero el Auto, en base a otra fundamentación, rectificó sustancialmente lo así decidido.

Rectificación de oficio.—El Auto se dictó cinco días después de notificada la sentencia, que debe entenderse en la fecha de la publicación por el Juzgado, ya que al hacerse la rectificación de oficio, el plazo es perentorio para el Juez, pues no depende de petición alguna de parte, y, por otra parte, no se refiere a meros errores materiales, por lo que no se cumplió el plazo de un día del artículo 362.2 LEC y artículo 267.3 LOPJ.

Congruencia.—El artículo 359 LEC, que establece el principio del deber de la congruencia de las sentencias, en conexión también con los de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva de los artículos 9.3 y 24.1 CE, respectivamente, exige que para privar de un derecho a una parte, se le haya tenido que dar derecho a ésta de defenderse, y así que pueda presentar sus pretensiones, aunque sean de carácter negativo, para poder resolver sobre ellas, y si bien en un proceso estricto de incapacitación, si lo promueve una parte legítima, los demás interesados deben ser oídos, y no hace falta demandarlos, pero ello no obstante, si el Juez hace declaraciones limitativas de derechos declarados previamente a favor de los respectivos padres, la decisión tomada al respecto, sin posibilitar esa pretensión, es incongruente.

Medidas sobre los hijos en proceso de separación matrimonial: modificación.—Habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial por la sentencia que lo decidió, la atribución de la patria potestad sobre los hijos comunes menores de edad, la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los artículos 90 y 91 CC, lo que aquí no se ha hecho; el juzgador ha aplicado equivocadamente el artículo 156 CC, párrafo último, que afecta a las relaciones paternofiliales cuando los cónyuges viven separados de hecho, en cuya situaciones no serían aplicables aquellos preceptos; el contenido del artículo 171 CC sobre la rehabilitación de la patria potestad, al haberse dispuesto ya judicialmente en la minoría de edad, no puede entenderse en su aplicación sino en la misma forma en que se decidió, sin poderse acudir al artículo 156-5.º (STS de 2 de julio de 2004; ha lugar.) (G. G. C.)

66. Privación de la patria potestad. Adopción de la medida. Límites.—El artículo 170 CC vincula al incumplimiento de los deberes que integran la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto al padre o la madre incumplidor. Pero dicha privación no es una consecuencia inevitable y necesaria del incumplimiento; sólo posible, en función de las

circunstancias concurrentes y del beneficio del menor. El carácter discrecional de la medida, en todo caso, no es absoluto, ya que la norma establece varios límites. En primer lugar, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos (art. 39.2 CE; arts. 154 y 170.2 CC), valorado en cada caso, a la luz de las circunstancias concurrentes (el Tribunal Supremo analiza en este sentido las SSTs de 5 de marzo de 1998 y 23 de febrero de 1999, invocadas por la recurrente). En segundo lugar, la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada a la persistencia de la causa que la motivó (art. 170.2 CC).

El régimen de visitas del progenitor que vive separado y el interés del menor.—El artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 3 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre) establece que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. El principio del interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al juzgador (STS 17 de septiembre de 1996). La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia en el caso litigioso, declarando el derecho del padre a las visitas y remitiendo la determinación de las circunstancias integrantes de aquél a la fase de ejecución, tras el correspondiente programa de seguimiento que competía a un equipo de psicólogos, para precisar tiempos y demás circunstancias del régimen. No cabe considerar que el Tribunal de segunda instancia infringió la regla que le imponía procurar el beneficio del menor al establecer el régimen de visitas, ya que siguió las recomendaciones efectuadas al respecto por el perito psicólogo sobre lo que era más conveniente para él.

Exigencia de oír al menor cuando no haya cumplido los doce años, si tuviera suficiente juicio.—El hijo de los litigantes no había cumplido aún los doce años en el momento en que hubiera correspondido esta audiencia. Pero no había constancia de que su suficiencia de juicio lo exigiera (para poner en práctica un régimen cuyo contenido se ha de concretar en la fase de ejecución de sentencia). Por tanto, aun a pesar de no haberse dado audiencia al menor, no debe considerarse infringido el artículo 192 CC. (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E., padre no matrimonial del niño A. pretende en demanda contra doña M.^a P., madre del menor y que se había ocupado del cuidado del menor desde su nacimiento, la declaración del derecho a relacionarse con su hijo y también de su propio deber de contribuir a la alimentación, educación y formación integral del mismo, mediante la entrega de una suma mensual.

La demandada, al contestar a la demanda, se opone a que el actor visite al hijo de ambos y afirma que aquél había incumplido los deberes inherentes a la condición de padre durante los casi diez años transcurridos entre el nacimiento y la interposición de la demanda. En reconvencción, además, solicita que se prive a don E. de la patria potestad, en aplicación del artículo 170 CC.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvencción, estima la demanda, declara el deber del demandante al pago de una cantidad mensual para alimentación, educación y formación del hijo y condiciona el régimen de visitas reclamado a un seguimiento del

progreso de las relaciones paternofiliales. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de la demandada. (S. M. S.)

67. «Relaciones personales» del artículo 160 CC. Interpretación.—

La recurrente invoca interpretación errónea del artículo 160.II CC, entendiendo que el término legal «relación» nunca puede incluir pernoctar en una casa o pasar una temporada conviviendo con otras personas. Según el Tribunal Supremo, no cabe duda de que el artículo 160 CC, en su redacción conforme a la Ley 21/1987, incluye, entre los parientes allegados a los abuelos e incluso con un carácter privilegiado. La expresión «relaciones personales» que aparece en el mismo artículo 160 CC, aunque adolece de vaguedad, permite una evidente flexibilidad al Juez, para emitir un juicio prudente y ponderado en atención a las circunstancias y siempre en interés del menor. Con arreglo a lo expuesto, los abuelos ocupan una relación respecto a los nietos de carácter singular y, en principio, no cabe reducir la «relación personal» a un mero contacto durante un breve tiempo. Nada impide que pueda comprender el pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos y, además, no afecta al ejercicio de la patria potestad. Otra afirmación carece de base legal o jurisprudencial.

Aplicando esta doctrina a las circunstancias del caso, dado que D., al tiempo de la demanda ya tenía casi siete años y había pernoctado con los abuelos, anteriormente, se considera adecuado el régimen jurídico de visitas establecido en la sentencia recurrida. En cambio, la corta edad de C. (catorce meses al tiempo de la demanda) desaconseja la pernocta lejos de la madre o sin consentimiento de ésta.

Audiencia de los menores de edad con menos de doce años.—Además, teniendo en cuenta la edad actual de los menores y la normativa y la jurisprudencia relacionadas, el régimen de visitas precisa de la audiencia de los dos menores (el mayor de ellos ya debió ser oído por la Audiencia Provincial, dado que al momento de dictar sentencia, contaba con 9 años de edad) que no puede obviarse sin incurrir en denegación de la tutela judicial efectiva.

Se acuerda que, en ejecución de sentencia, con audiencia de los interesados, los menores y el Ministerio Fiscal, se establezca un régimen de visitas entre abuelos y nietos, que puede ser el mismo hasta ahora establecido u otro distinto, debiendo ponderarse la razonabilidad de las opiniones de los menores, lo que no significa que quepa identificar lo expresado por ellos con su interés, pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los niños en orden a su formación integral e integración familiar y social. (STS de 28 de junio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don L. A. y doña C. formulan, el 18 de septiembre de 1996, demanda de juicio de menor cuantía contra su nuera, doña A., con fundamento en el párrafo segundo del artículo 160 CC, solicitando que, en concepto de abuelos paternos de los menores D. (nacido el 1 de febrero de 1990 y C., nacido el 22 de noviembre de 1995) se les permita disfrutar con éstos de los fines de semana, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, de Semana Santa y verano, estas últimas, alternativamente, a elección de la madre.

D. y C. son hijos del matrimonio formado por la demandada y el hijo de los actores, don J. P., quien se separó judicialmente de su

esposa el 14 de noviembre de 1995, falleciendo el 15 de diciembre de siguiente.

La demandada se opuso al régimen de visitas pretendido. La sentencia declaró el derecho de los actores a relacionarse personalmente con sus nietos y estableció un régimen de visitas supletorio del posible acuerdo de las partes, que coincidía parcialmente con el solicitado por los abuelos (aunque algo más restringido, pero incluyendo pernocta). En apelación, el recurso fue desestimado y la sentencia de primera instancia confirmada. El Tribunal Supremo hace declaración expresa del derecho de los abuelos pero revoca la sentencia de instancia y ordena el nuevo establecimiento de un régimen de visitas (coincidente o no con el impugnado) previa audiencia de los menores. (S. M. S.)

68. Reclamación de paternidad no matrimonial: madre casada que se opone en nombre propio y de sus hijos menores: negativa de la madre a pruebas biológicas: contradicción de intereses: hijos llegados a la mayoría durante el proceso: sustitución del Defensor judicial por audiencia de aquéllos.—La Sala, antes de examinar los motivos invocados en el recurso, se tiene que plantear de oficio como cuestión previa la verificación de si se han observado el conjunto de garantías inexcusables de aplicación al mismo (STS de 5 de junio de 1997). Se ha ejercitado una acción de reclamación de paternidad respecto a dos menores en el momento de la demanda; la madre y el padre que figuran en el Registro Civil como tales se han opuesto en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de los dos menores de edad; el artículo 163 CC constituye el desarrollo del artículo 162.2, y así la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se comprueba la existencia de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representa; una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un Defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de éste opera siempre en situaciones concretas, siempre que en algún asunto tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado, y el Defensor se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses. En la sentencia impugnada se tiene en cuenta que la negativa de la madre a la práctica de las pruebas biológicas tendría su justificación en la protección de la vida familiar de los menores en relación a su actual convivencia. En este caso son contrarios los intereses de los demandados, padre y madre inscrito, que no desean establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses de los hijos, tanto desde el punto de vista de sus personas como del orden público del estado civil. Todo ello conduciría a la Sala de oficio, y a tenor del artículo 1715.2 LEC derogada, a decretar la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación en el proceso del Defensor Judicial que nombre el Tribunal de instancia. Pero esta declaración de nulidad no puede hacerse en la medida en que tales hijos alcanzaron la mayoría, por lo que procede ordenar la audiencia de los hijos demandados mayores de edad a los efectos oportunos, en el sentido de que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, que soliciten la práctica de pruebas que estimen oportunas. (STS de 30 de junio de 2004; ha lugar.)

NOTA.—Formalmente nada que oponer a la solución acordada por la sentencia extractada. Es clara la contradicción de intereses y al haberse procedido a ordenar la solución que imperativamente establece el artículo 163 CC (*se nombrará*), es correcto que se sustituya la designación del Defensor Judicial por la audiencia de los hijos ya mayores. En cuanto al fondo, caben algunas consideraciones. Los únicos datos fácticos relevantes se contienen en el 1.º FD: «el demandante sostuvo que las relaciones las mantuvo a partir del año 1979 y el nacimiento de los hijos tuvo lugar el 3 de julio de 1981 y 22 de septiembre de 1982, respectivamente, habiéndose presentado la demanda en julio de 1995. Ante la negativa a la práctica de las pruebas biológicas cabe conjeturar que la sentencia estimatoria de la demanda en ambas instancias se había basado en la existencia de indicios o pruebas indirectas de las relaciones que hayan completado la negativa aludida. No hay ningún dato que haga presumir la existencia de posesión de estado. La cuestión humanamente preocupante es si el derecho debe proteger al presunto padre que ha dejado transcurrir doce o catorce años desde el nacimiento de los hijos que dice haber tenido con mujer casada, irrumpiendo en la intimidad de un hogar familiar del que no consta ninguna crisis (el marido burlado pudo ignorar totalmente los hechos, o conocerlos y haberlos perdonado, o haber tenido meras sospechas que se disiparon con el tiempo). Ciertamente los hijos mayores tienen derecho a conocer su origen, pero pueden renunciar a aquél *pro bono pacis*, e, incluso, conociendo la infidelidad, haber perdonado a su madre. Es verdad que también tiene derecho a que se reconozca su paternidad el padre biológico, pero ¿a ejercitarlo en cualquier momento? Ninguna de estas cuestiones se aborda por la sentencia extractada. (G. G. C.)

69. Filiación no matrimonial: reclamación por la madre: prueba indiciaria.—El Tribunal ha valorado las cartas o correspondencia remitida por el demandado a la madre cuando ésta residía en Francia, las relaciones de amistad y afecto mantenidas por los mismos, entre otros momentos en el tiempo de la concepción, según prueba testifical, la visita a la madre y al menor en la Clínica a raíz del parto y el pago de los gastos de la misma y de la intervención médica, y el alquiler para ella y su hijo (a partir de cierto momento para éste, y antes para ella) de una vivienda propiedad de una sociedad en la que el recurrido era apoderado principal.

Requisitos de la prueba biológica.—Para su práctica en trámite judicial es preciso que se den los requisitos de privacidad y de respeto a la intimidad que garantiza el artículo 18.1 CE, y, además que, como cualquier otra prueba, ofrezca las garantías para las partes, de publicidad entre ellas, posible contradicción, e intervención judicial, requisitos estos últimos que no concurrieron en la que aportó el presunto padre, por lo que la valoración sobre la negativa del hombre a sujetarse a ellas, ha sido correctamente valorada.

Hecho nuevo.—No puede tratarse correctamente en un motivo casacional, una pretendida deducción, por vía presuntiva, sobre la existencia de un *posible padre del menor de origen francés*, basado en el hecho de que la madre inscribió al menor en el Consulado francés de Málaga con esta nacionalidad,

del cual pueden darse multitud de explicaciones como posibles. (STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Los indicios parecen ser suficientes para declarar la paternidad a la que se resiste el demandado, abogado en ejercicio, con una auténtica *maniobra procesal*, poco usada (aportar los resultados que le benefician de una prueba biológica practicada privadamente), que ambas instancias, con acierto, han rechazado, reiterando, incluso para mejor proveer, la práctica de una prueba de esta clase con todos los requisitos legales. Es correcto entender que el supuesto padre se ha negado a practicar la prueba biológica, y resolver lo procedente. En cuanto al poco claro «hecho nuevo», del que difícilmente puede deducirse la posible existencia de un padre francés, y cuya consideración casacional se desecha por la sentencia extractada, no se dice expresamente si, además, la madre inscribió al hijo en el Registro Civil de la ciudad de nacimiento, lo que parece, incluso, verosímil. (G. G. C.).

70. Filiación no matrimonial reclamada por el padre: fiabilidad máxima de la prueba biológica.—En la prueba pericial biológica obrante en autos se determina que la paternidad del actor respecto del menor, se encuentra dentro del rango considerado científicamente como de paternidad probada, ya que da un índice $W=99,998$ por 100. Ante tal prueba contundente, cualquier alegación en relación a una presunta falta de legitimación procesal del padre que solicita el reconocimiento de una paternidad extramatrimonial, carece de toda posibilidad de ser tenida en cuenta, ya que debe entrar en juego de una manera clara y contundente lo dispuesto en el artículo 134 CC en relación al ejercicio de la acción de reclamación de paternidad. Sin que, por otra parte, pueda tenerse en cuenta si existe una declaración de filiación contradictoria que deba impugnarse, en concreto una inscripción de nacimiento en el Registro Civil cuya existencia no se ha demostrado. (STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Ante los resultados contundentes de la prueba biológica el Tribunal Supremo se limita a una concisa argumentación. Parece también significativo que entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la del Tribunal Supremo apenas si han transcurrido cinco años ¿Empieza a aligerarse el proverbial retraso de la Sala Primera? Por otra parte, sociológicamente se trata de un supuesto frecuente en el que, probablemente, la madre, rompió irrevocablemente con el padre, antes o después del nacimiento del hijo común, y se ha resistido hasta el último momento a admitir la paternidad de éste. (G. G. C.).

DERECHO DE SUCESIONES

71. Comunidad hereditaria antes de la partición: derechos como accionista de sociedad anónima: nulidad de acuerdos: actuación en las juntas generales como persona «designada»: designación tácita.—En el presente caso, la comunidad de herederos del accionista ostentaba la cualidad de socio, antes de la partición; cada coheredero no es titular de accio-

nes, sino titular junto a los demás coherederos del patrimonio, del que forman parte las acciones; la comunidad de herederos es una comunidad germánica (STS de 19 de junio de 1995), de la que sus miembros tienen derechos indeterminados y no está regulada por los artículos 392 siguientes CC. El artículo 66.2 LSA exige en este caso que una persona miembro de la comunidad ejerza los derechos de socio, aclarando el texto legal que es persona *designada*, la cual no es un representante voluntario en la que el artículo 106.2 exige que el poder de representación sea escrito y especial para cada junta, salvo el caso de representación familiar que regula el artículo 108. En el presente caso el demandante aceptó y consintió la actuación de su hermano en las Juntas, como designado tácitamente por la comunidad hereditaria.

Derecho de información.—El recurrente no era accionista, sino miembro de una comunidad hereditaria, que sí lo era y ésta podía exigir información, pero no aquél que tampoco era la persona designada por la misma.

Falta de legitimación.—Cuando la comunidad hereditaria deja de ser accionista, pierde el interés legítimo para impugnar que prevé el artículo 117.1 LSA (STS de 5 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una interesante cuestión doctrinal que la s. resuelve, a mi juicio, acertadamente (Ponente O'Callagan Muñoz), aplicando a la comunidad hereditaria la teoría de la comunidad germánica. (G. G. C.)

72. Rescisión de operaciones particionales por preterición de heredera: no procede. Ausencia de dolo o mala fe.—Si bien la actora, hija extramatrimonial del fallecido, compartió con éste y con sus hijos y herederos, durante la vida de aquél, al menos, su condición de hecho de tal, y aun siendo libremente aceptada la misma, no fue reconocida como hija hasta que ella lo solicitó legalmente, lo que no hizo en muchos años, pudiendo haberlo hecho, por lo que el causante (que también pudo y no efectuó su reconocimiento en el testamento, y ello no es imputable, aunque les trascienda a sus herederos) otorgó tal última voluntad, designando como sucesores legítimos suyos a los tres hijos habidos de su matrimonio, con los derechos usufructuarios correspondientes a su cónyuge supérstite, y, por ello, al momento de realizarse las operaciones de partición, división, liquidación y adjudicación de la herencia, la hija preterida como heredera, no lo era tal y no podía intervenir en ellas, ni ser llamada a las mismas, por faltarle entonces esa cualidad.

La acción de rescisión de dichas operaciones debe, en todo caso, rechazarse, por cuanto de entenderse implícitamente pedida por la parte, se precisaría, para su declaración, el previo reconocimiento de haber actuado los demandados con mala fe o dolo, circunstancias éstas que la Audiencia, valorando la prueba practicada, excluye.

Preterición: efectos artículo 814.1 CC. No perjuicio de la legítima estricta.—Lo que sí procede, conforme establece la sentencia de la Audiencia Provincial es que, al declararse heredero al que lo es y ha sido preterido, se le reconocen a éste, en la herencia, los derechos que procedan a su favor, pues los actos de los demás herederos no pueden perjudicar a su legítima estricta, en la parte que le corresponda (arts. 807.1, 808, 814.1, 823, 851 y 1080 CC). Tales derechos son los correspondientes a la legítima estricta, es decir, la cuar-

ta parte del tercio de legítima, ya que no le afectan las mejoras ni las disposiciones por legados u otras causas. (STS de 6 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A., casado y con tres hijos, fallece el 13 de junio de 1987, bajo testamento otorgado el 28 de enero de 1981, instituyendo como sus herederos legítimos, por terceras e iguales partes, a sus indicados hijos, en los bienes dejados a su óbito y legando a su esposa el usufructo vitalicio sobre todos los bienes de la herencia. Sus herederos proceden a las operaciones particionales correspondientes, que quedan protocolizadas en escritura pública de 19 de septiembre de 1990.

Durante la vida de don A., su hija extramatrimonial, doña M., compartió abiertamente con don A. y los hijos matrimoniales de éste, su condición de hecho como tal. Pero, aún siendo conocida y aceptada, no fue reconocida como hija de don A. hasta que ella lo solicitó legalmente (lo que hizo cuando tenía más de sesenta años, en 1998). En la demanda en que doña M. insta la declaración de filiación también plantea, entre otras cuestiones, que se condene a los demás hijos y esposa de don A. a responder frente a ella del valor de los bienes hereditarios de los que hayan dispuesto, indemnizándola por la cuarta parte de dicho valor, así como a tenerla en cuenta en las operaciones de cambio, liquidación, división y adjudicación de los bienes que quedasen aún pendientes de realizar. E igualmente pide la declaración de nulidad e ineficacia de los actos y documentos públicos y privados que contravengan sus derechos en el orden sucesorio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda (únicamente en el reconocimiento de la demandante como hija no matrimonial de don A. y su condición de heredera forzosa, con derecho a sucederle en la cuarta parte de la legítima estricta de sus bienes relictos). Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso (sólo en la determinación de la porción hereditaria sobre la que calcular la cuarta parte de los bienes de la herencia del causante afectos al derecho de doña M.). (S. M. S.)

DERECHO MERCANTIL

73. Intereses moratorios a cargo del asegurador: supuestos de liberación. Artículo 20 LCS.—El único motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción del 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y la jurisprudencia de la Sala Primera que lo interpreta.

Sostiene la recurrente que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido de forma reiterada que existen causas justificativas para de morar el pago, de conformidad con lo preceptuado en el artículo invocado; a saber: en primer lugar, cuando deba dilucidarse ante los Tribunales la responsabilidad o no del asegurado en el siniestro y en segundo lugar, cuando la cuantía exacta a abonar en concepto de indemnización deba ser determinada por el órgano judicial.

La experiencia jurisprudencial nos muestra que la aplicación del artículo 20 ha originado una abundante litigiosidad. Aun limitando el examen de esa

experiencia a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, puede advertirse que un elevado número de recursos de casación referentes a la Ley de Contrato del Seguro se refieren a la aplicación del recargo del 20 por 100, en cumplimiento de lo previsto en su artículo 20. En los últimos años se advierte, no obstante, que la Sala Primera ha restringido los efectos del artículo 20 a la hora de interpretar el presupuesto de la mora del asegurador referente a su culpa, a la que aludía ese artículo diciendo que el incremento del 20 por 100 anual de la indemnización de la Ley de Contrato de Seguro sólo se producía cuando el asegurador «no hubiera realizado la reparación del daño o indemnizado su importe por causa no justificada o que le fuera imputable». Presupuesto que se ha conservado en la nueva redacción del artículo 20, en su regla 8.ª, por lo que ha de estimarse que tal doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo será aplicable en el futuro, como igualmente es de esperar que lo sea buena parte de la que se ha creado bajo la vigencia del artículo 20 derogado.

La Ley de Contrato de Seguro, en este punto, en lugar de hacer una referencia a la existencia de culpa por parte del asegurador como presupuesto para que incurra en mora, emplea unos términos que, en definitiva, son semejantes, al requerir para que el asegurador incurra en mora que el resultado del incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de mora no esté justificada.

Cuando la mora esté fundada «en una causa justificada» como acontece si no están determinadas las causas del siniestro (determinación necesaria para saber si está o no comprendido dentro de la cobertura del asegurador), si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador, si determinadas las causas del siniestro (por ejemplo, que el incendio ha sido provocado) surgen claras sospechas de que pueda haber sido ocasionado por el propio asegurado, etc. A estos efectos cabe recordar la opinión que estima que no puede imputarse al deudor responsabilidad por los daños y perjuicios que, actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación, o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria. En esta línea de pensamiento ha de tenerse en cuenta la dificultad que en el régimen del contrato de seguro se produce en ciertos casos para precisar si el siniestro por el que reclame el asegurado cae o no dentro de la cobertura prevista en el contrato.

En virtud de estas consideraciones, la jurisprudencia de la Sala Primera nos ofrece algunos supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios:

- Cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertinencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización o su cuantía. Cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro. Pues bien, en el supuesto de autos, no puede estimarse que se está en presencia de esta circunstancia, pues la relación de hechos probados contenida en la sentencia impugnada acredita la imposibilidad de una discusión razonable sobre tanto lo referido a la existencia del siniestro,

como a la necesidad de su cobertura por la conducta negligente del empleado de la Compañía asegurada. Es decir, en el apartado del motivo referido a esta circunstancia no se dan las condiciones tenidas en cuenta por la jurisprudencia para la exención del pago de los intereses moratorios.

– Cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad a abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes. La doctrina jurisprudencial se ha orientado con carácter general, en el sentido de que el brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, sustancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuada en su aparente automatismo por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma, lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuere menor que la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial.

Quedan fuera de esta aplicación de la obligación de pagar intereses moratorios en la forma establecida por esta moderna jurisprudencia, aquellos supuestos, como dice la S de 5 de marzo de 1992, «en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluye la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada, supuesto de excepción que concurre en este caso en que, no sólo ha sido necesaria la resolución judicial para determinar si existía o no ese deber de restitución que se reclama, sino que ha sido necesario deferir al trámite de ejecución de sentencia la fijación del *quantum* ante la imposibilidad de establecerlo en el fallo».

Por consiguiente, se dice en esta orientación jurisprudencial que la mera iliquidez no es por sí misma excusa razonable para que el asegurador pueda demorar el pago, pero sí pueden surgir circunstancias que hagan precisa la liquidación de la deuda como acontece en el supuesto de autos, en el que si bien no es preciso determinar si el siniestro está cubierto por el contrato de seguro, si lo es para cuantificar la responsabilidad del asegurador, habida cuenta de la indeterminación de la cuantía reclamada en la demanda, hasta el punto de que se deja su fijación al trámite de ejecución de sentencia.

Por tanto, la aseguradora carecía de datos para conocer la indemnización a que pudiera ser acreedora la actora pues ninguna relación tenía con ella, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho que ni siquiera estaba determinada en el momento de la interposición de la demanda la totalidad de la indemnización debida, extremo éste que exigió análisis jurisdiccional; y análisis de

todo punto inexcusable. Y por ello la recurrente reconoce que ésta cuantía se convierte en inatacable en la sentencia dictada en la segunda instancia, de fecha 24 de julio de 1988, por lo que estima entonces como aplicable el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro.

De todo lo expuesto resulta que la parte del motivo referida a la inaplicación de intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a partir de la fecha del siniestro tiene que ser atendida, en virtud de la interpretación jurisprudencial que se ha hecho del precepto; y, en consecuencia, y atendiendo a lo que subsidiariamente la propia recurrente admite, los intereses moratorios han de devengarse en la fecha de fijación de la cuantía de la indemnización ocurrida en la sentencia dictada en segunda instancia. (STS de 10 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La actora sufrió una importante caída – a la que no fue ajeno un vigilante– en la instalación denominada «Los rápidos» del Parque Acuático *AquaPark Octopus* de Alicante. A consecuencia del accidente padeció lesiones que exigieron hospitalización, intervenciones quirúrgicas y rehabilitación posterior dejándole aún secuelas.

La demandante formuló acción de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual contra la empresa titular del parque acuático y su compañía de seguros. Las cantidades reclamadas comprendían los gastos médicos sufragados por la actora más la indemnización correspondiente a los días de incapacidad transcurridos hasta la interposición de la demanda. Solicitó también el abono de los gastos que por los anteriores conceptos se generasen con posterioridad a la interposición de la demanda más las ganancias dejadas de obtener en su actividad, todo ello a determinar en ejecución de sentencia. A lo dicho se añadía la petición del abono del interés legal de las cantidades reclamadas desde la fecha de la interposición de la demanda hasta su cumplimiento más el incremento de las indemnizaciones en un 20 por 100 de interés anual desde la fecha del accidente hasta su completo pago. La demanda fue desestimada. La Audiencia Provincial acogió en parte el recurso de apelación promovido por la actora y condenó a las demandadas al abono solidario de diez millones y medio de pesetas que devengaría, a cargo de la aseguradora, el interés legal del 20 por 100 anual desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago y, a cargo de la empresa titular del parque, el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda. Interpone recurso de casación la aseguradora declarando el Tribunal Supremo haber lugar. (R. G. S.)

74. Seguro de caución. Naturaleza y obligaciones del asegurador.—Según el Tribunal Supremo (STS de 13 de diciembre de 2000), el seguro de caución es una figura polémica con regulación legal imprecisa y con terminología criticada por la doctrina. Su configuración práctica es dificultosa, pues mientras que la estructura personal bilateral y su causa –predominantemente de garantía– le aproximan a las obligaciones fideusorias, está destinado a garantizar el cumplimiento de una obligación (riesgo asegurado) y a indemnizar, en caso de producirse el siniestro, el daño patrimonial producido, a título de resarcimiento o finalidad (interés asegurado), dentro de los

límites pactados en el contrato fijados por el artículo 68 LCS y la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 26 de enero de 1995, 22 de septiembre de 1997, 30 de diciembre de 1998, 20 de diciembre de 1999 y 26 de febrero de 2000). Por tanto, en este seguro, el asegurador no se obliga a cumplir por el deudor principal, sino a resarcirle al acreedor los daños y perjuicios patrimoniales que le hubiera producido el incumplimiento. Se trata, pues, de una garantía frente al incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales (SSTS de 5 de junio de 1992 y 12 de marzo de 2003).

Seguro de caución. Acción derivada del artículo 68 LCS.—Es doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 7 de abril de 1992 y 12 de marzo de 2003) que el artículo 68 LCS, *in fine*, concede al asegurador una acción de reembolso frente al tomador y no una acción de subrogación en los derechos del asegurado. Por tanto, no es aplicable al seguro de caución la acción de subrogación reconocida con carácter general por el artículo 43 LCS para los seguros de daños.

Tipo de interés establecido por el artículo 20 LCS.—El elevado tipo de interés establecido por el artículo 20 LCS presenta un carácter sancionador y disuasorio, en tanto que pretende impedir que las aseguradoras dificultaran o retrasaran el pago de las indemnizaciones procedentes. Por ello, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que no ha de ser aplicado a los supuestos en los que el retraso obedezca a causa justificada o no le sea imputable a la aseguradora (SSTS de 21 de junio de 2001, 11 de mayo de 2002 y 22 de abril de 2003). (STS de 20 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El 11 de septiembre de 1990, mediante documento privado, una entidad constructora celebró contrato con las propietarias de un solar, las hermanas P. B., conforme al cual éstas se comprometían a transmitir a la constructora la propiedad de dicho solar a cambio de una supuesta venta de dos plazas de garaje y de todos los locales comerciales de la planta baja del edificio que se proyectaba construir sobre el mencionado solar. La transmisión se convino como libre de cargas y gravámenes, ocupantes y arrendatarios. El 1 de julio de 1991, la constructora suscribió, como tomadora, una «póliza de seguro de garantía del cumplimiento de obligaciones legales y contractuales» con A. C. C. Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito S. A., resultando aseguradas las hermanas P. B. En la póliza se recogía como objeto de la misma la garantía del pago de una indemnización, con un determinado límite máximo, por el incumplimiento por el tomador de las obligaciones asumidas por éste (concretamente, la obligación de entregar a los asegurados los mencionados locales y las dos plazas de garaje).

El 1 de agosto de 1991, las propietarias del solar transmitieron a la constructora la propiedad sobre el mismo a través de documento público. Seis meses después, la constructora constituyó una hipoteca sobre dicho solar a favor del *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, sin que conste que se lo comunicara a las hermanas P. B. El 30 de diciembre de 1992, la constructora transmitió a las hermanas P. B., mediante escritura pública de compraventa, los locales y las plazas de garaje que se había obligado a transmitirles; transmisión que se declaró que se realizaba libre de cargas y, en particular, libre de la carga hipotecaria que constaba en la parte dispositiva de la escritura pública. Pese a ello, ejecutada la garantía

hipotecaria, el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, se adjudicó el edificio donde estaban los locales y las plazas de garaje, por lo que devino definitivamente imposible que la entidad constructora cumpliera con la obligación de entregar los citados inmuebles a las hermanas P. B.

Ante estos hechos, las hermanas P. B. formularon demanda contra la entidad constructora y *A. C. C. Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito, S. A.*, solicitando, por un lado, que se declarase que la primera les adeudaba cuarenta millones de pesetas y, por otro lado, que se condenase a la segunda a pagar dicha cantidad, más los intereses correspondientes. La demanda fue estimada en primera instancia y *A. C. C. Seguros y Reaseguros de Caución y Crédito, S. A.* interpuso recurso de apelación frente a dicha sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, fallo contra el que interpuso recurso de casación la entidad aseguradora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)

75. Concepto de contrato de mediación o corretaje.—Como ha reiterado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, el contrato de mediación o corretaje «es un contrato innominado *facio ut des*, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución» (STS de 4 de julio de 1994, entre otras). (**STS de 10 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El señor F. G. T., agente de la propiedad inmobiliaria, poseía una oficina abierta al público, denominada *Property Bureau*. La señora E. T. D. se puso en contacto con esta oficina con la finalidad de que le buscasen y seleccionasen compradores para su piso, sin que su hija, la señora E. B. T. tuviera ningún conocimiento de este hecho. En diciembre de 1993, la señora R. R. C. y el señor F. G. T., como representante de la señora E. T. D., celebraron un contrato privado de compraventa sobre el citado piso, fijándose que la compradora pagaría un primer plazo del precio en 1993, otro en 1994 y el último a la firma de la escritura pública, con fecha máxima de 31 de enero de 1995. La compradora hizo efectivos los dos primeros pagos a favor de *Property Bureau*. En abril de 1994, la señora R. R. C. requirió, por vía notarial, al señor G. T., quien tenía aún en su poder las cantidades satisfechas por la compradora, que otorgase escritura pública de esa finca. Ante la negativa de entregar escritura pública, la señora R. R. C. interpuso demanda contra el señor F. G. T., la señora E. T. D. y la señora E. B. T., en la que solicitaba que se entregase la escritura pública de compraventa así como una indemnización por los daños y perjuicios obtenidos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Fuengirola estimó en parte la demanda, absolvió a las señoras E. B. T. y E. T. D. y condenó al señor F. G. T. a la devolución de las cantidades satisfechas por la actora. La actora y el demandado condenado interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por la Audiencia Provincial de Málaga. La demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, al considerar que

entre la señora E. T. D. y el señor F. G. T. existía un contrato de mandato, en el cual el mandatario había traspasado los límites. En instancia se consideró que en negocio jurídico entre la señora T. D. y el señor F. G. T. era un contrato de mediación, decisión que es ratificada por el Tribunal Supremo. (*M. V. V.*)

76. Doctrina acerca de la prohibición de ir contra los actos propios.— Esta doctrina impide a una persona accionar a consecuencia de un acto propio, siempre que este acto consista en la creación, modificación o extinción de un derecho y sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho (SSTS de 12 de julio de 1997, 27 de enero y 17 de noviembre de 1994).

El principio de buena fe.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en toda relación jurídica se debe proteger la confianza, ya que, si no fuese así, se atacaría el principio de buena fe recogido en el artículo 7 CC. Este principio se basa en una solvencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales y condena a que, cuando unas determinadas personas, han suscitado con su actuación una confianza fundada conforme a la buena fe, no debe defraudarse esta confianza y no se puede actuar de forma incompatible con ella. En este sentido, se vulnera este principio cuando se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudoso significado o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, perjudicando a la persona a quien ese acto había creado confianza.

Concepto de contrato de corretaje.—El contrato de corretaje es un contrato atípico muy utilizado en el tráfico de la intermediación y que tiene como característica principal que el corredor no contrata con un tercero, sino que efectúa las diligencias necesarias para encontrar a una persona que cumpla con los requisitos exigidos por el principal y ponerlo en contacto con este último para que lleguen a un acuerdo. Por tanto, la función del corredor consiste en la conexión y contacto negocial entre vendedor y comprador, de modo que su relación contractual sólo se proyecta respecta a la parte que le confirió el encargo y no se exige que se dé un mandato. En el ámbito legislativo, sólo hay una regulación sectorial de este contrato sobre ciertas clases de corredores (como, por ejemplo, el Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, sobre agentes de la propiedad inmobiliaria o los arts. 14 ss. de la Ley 19/1992, de 30 de abril, de Mediación en los Seguros Privados, con relación a los corredores de seguros).

La retribución en el contrato de corretaje.—El derecho al cobro de honorarios por el corredor está condicionado al cumplimiento de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso en contra. Por tanto, el corredor adquiere el derecho al cobro de las remuneraciones acordadas cuando se perfecciona la compraventa encargada y que es el resultado de la actividad del corredor de búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor, ya que con la compraventa el corredor ha cumplido y agotado su actividad. Asimismo, el derecho a la remuneración no se pierde por la falta de cumplimiento del contrato, excepto pacto en contra, ni en caso de desistimiento del contrato e, incluso, el Tribunal Supremo ha afirmado que se debe pagar aunque el contrato de corretaje hubiese finalizado si el contrato fue posible gracias a la actividad del «excorredor» (SSTS de 7 de enero de 1957 o de 21 de octubre de 1965). (**STS de 5 de noviembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Los Delfines Club, S. A.*, era propietaria de un complejo de apartamentos, denominado *Los Delfines Club*, ubicados en la *Urbanización Los Delfines*. En la misma urbanización existía el *Hotel Los Delfines*, que era propiedad de la entidad *Tucisa*, de la cual era presidente el señor J. C. A., también presidente de la sociedad *Los Delfines Club*. En de noviembre de 1992, el señor J. C. A., como representante de ambas sociedades, celebró un contrato de corretaje con el señor F. O. B., en virtud del cual éste último se comprometía a realizar las gestiones necesarias para llevar a cabo la venta del hotel y del complejo de apartamentos. El corredor estableció contactos con los señores J. L. C. B. y J. S. F. y se efectuaron ofertas y contraofertas mediante fax entre ambas partes. En todos los faxes, se hacía referencia a la venta tanto del hotel como de los apartamentos. En de abril de 1993, se llevó a cabo la venta del hotel, mediante la venta de todas las acciones de la sociedad *Tucisa* a las sociedades *Togo, S. A.*, *Operadora Menorquina de Hoteles, S. A.*, *Panoramia, S. A.*, *Hotel Fil de Ferro, S. A.*, y *Cala Domingos, S. A.*, todas ellas representadas por el señor J. L. C. B. El señor F. O. B. recibió la remuneración pactada por esta operación. Una vez celebrada la compraventa de acciones, cesaron todos los miembros del consejo de administración de la sociedad *Tucisa* y se nombraron sus nuevos miembros, quienes, a su vez, nombraron al señor J. L. C. B. como representante. Además, desde su compra, el hotel pasó a ser gestionado por la entidad *Playacosta, S. A.*, que tenía como representante el señor J. L. C. B. Ese mismo mes de abril, *Los Delfines Club, S. A.*, celebró un contrato de gestión y explotación del complejo de apartamentos de su propiedad con la sociedad *Playacosta, S. A.*, para las temporadas turísticas de 1993 y 1994. En de noviembre de 1994, *Tucisa*, representada por el señor J. L. C. B. adquirió la totalidad de las acciones de la entidad *Los Delfines Club, S. A.*, de modo que se convirtió en propietaria del complejo de apartamentos. Una vez celebrado el contrato de compraventa, cesaron todos los miembros del consejo de administración de la sociedad comprada y se nombraron nuevos miembros, que eran las mismas personas que los miembros del consejo de administración de *Tucisa* y que nombraron al señor L. C. B. como representante de la sociedad.

El señor F. O. B. interpuso demanda contra la sociedad *Los Delfines Club, S. A.*, y a los antiguos accionistas de esta sociedad en las que solicitaba que se condenase a la entidad, o de forma subsidiaria a los accionistas, al pago de la comisión establecida en el contrato de corretaje por la venta del complejo de apartamentos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ciutadella apreció las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por algunos de los demandados y desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó, en parte, el recurso de apelación interpuesto por el demandante y condenó a la sociedad demandada y a algunos de los demandados al pago de la cantidad establecida, ya que consideró que los demandados habían infringido el principio de buena fe en la contratación. La sociedad *Los Delfines Club, S. A.*, interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en el que alegaba que el demandante actuaba contra sus pro-

pios actos –al haber reconocido la existencia del arrendamiento del complejo cuando reclamó una comisión por el alquiler– y que la Audiencia Provincial había aplicado de forma incorrecta el principio de buena fe. El Tribunal Supremo desestima el recurso porque considera que la demandada vulneró el principio de buena fe al crear la apariencia de un arrendamiento, con la única finalidad de celebrar posteriormente una compraventa sobre la misma finca entre los mismos sujetos entre los cuales el corredor había realizado gestiones para que celebrasen una compraventa. (M. V. V.)

77. Presupuestos de la responsabilidad del administrador de una sociedad. Comportamiento susceptible de producir el daño indemnizable.—La llamada acción individual de responsabilidad, que pueden ejercitar los socios o los terceros contra los administradores por actos de éstos que lesionen directamente sus intereses, presupone la concurrencia de un comportamiento, activo u omisivo, imputable al administrador y antijurídico (o como establece el art. 133, contrario a la ley, a los estatutos o realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, que no es otra que la exigible a un ordenado empresario y un representante legal, según el art. 127 del mismo texto); un daño a los intereses del socio o tercero; y una relación causal que, como literalmente exige el artículo 135, debe ser directa entre el comportamiento y el resultado. Es constante la jurisprudencia al respecto (SS de 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 21 de noviembre de 1997, 28 de junio de 2000, 30 de marzo de 2001 y 18 de julio de 2002).

Uno de los comportamientos aptos para producir ese daño directo en el patrimonio de un tercero consiste en la celebración de un contrato con ocultación de que el endeudamiento es excesivo para las posibilidades patrimoniales de la sociedad por la que actúa el administrador, cuando finalmente la misma no cumple de modo voluntario sus obligaciones ni puede hacerlo por carecer de bienes suficientes.

Esa lesiva intromisión en la relación contractual entre las dos sociedades, como causante de un daño patrimonial directo para la demandante se afirma probada en la sentencia recurrida. En el fundamento de derecho tercero de la misma se indica que «...pese a la crisis, la entidad demandada concertó un contrato de importantes consecuencias y dimensiones económicas con la actora, siendo así que la posibilidad de venta y cobro a terceros era más bien limitada, por lo que era absolutamente previsible el que no se pudiera hacer frente a corto plazo a una deuda como la contraída...»; y también, que «...haber comprado tal cantidad de productos en un momento en el que la perspectiva de introducción en el mercado era pesimista» «y la adquisición misma de unos productos que, por sus características, sólo eran compatibles con ordenadores cien por cien IBM, lo que, como reconoce la demandada, limitaba la venta, ya que la mayoría de los ordenadores no lo son, implica una acción negligente que es achacable a los administradores...».

Doctrina del «levantamiento del velo».—La personalidad jurídica, reconocida y protegida por el ordenamiento, puede ser como cualquier otro instrumento, utilizado para el fraude y, en tal caso, aquél no permanece impasible, por más que el remedio no pueda implicar la negación de lo que constituye una sofisticada técnica de imputación de consecuencias jurídicas, que llega incluso a admitir la existencia de sociedades unipersonales (arts. 311 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 125 y ss.

de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Esta Sala, en frase muy repetida, ha penetrado en el sustrato de las sociedades para percibir su realidad, en numerosas sentencias, pero lo ha hecho justificadamente y para evitar que la personalidad se utilice como medio al servicio de un fin fraudulento, en daño de la ley aplicable o del interés de terceros. Son de destacar en esa dirección, entre otras muchas, las SS de 15 de abril de 1992, 12 de febrero y 16 de noviembre de 1993, 14 de julio y 30 de julio de 1994, 25 de abril de 2003 y 16 de septiembre de 2004.

Dicho ello, en la sentencia recurrida, tras valorar el Tribunal un conjunto de datos que se declararon cumplidamente demostrados (entre otros, la identidad de domicilio de las dos sociedades, la condición de accionista mayoritaria de *Siscomp* que ostenta *Sisbarna*, la identidad en los demás de los socios, la unidad de dirección y la calificada como patente confusión de cuentas entre ellas), declaró, como se ha dicho que *Sisbarna* fue creada para eludir las obligaciones de *Siscomp* (y de otras sociedades del grupo) y para eludir las responsabilidades patrimoniales consecuentes.

Con este supuesto de hecho, no atacado por vía adecuada, no cabe, sin hacer supuesto de la cuestión, más que considerar correctamente aplicada la doctrina que los recurrentes afirman infringida. (STS de 27 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La multinacional IBM acumuló en su demanda una acción de condena a la mercantil *Siscomp* al cumplimiento de un contrato de compraventa (lo que suponía la entrega del precio pactado) y las de condena a los administradores de *Siscomp* y de otra empresa denominada *Sisbarna* al cumplimiento solidario de la misma prestación, con fundamento en la normativa aplicable y en la jurisprudencia sobre la utilización de la personalidad jurídica con fines fraudulentos. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la compradora, a los administradores y a la otra sociedad demandada. Su sentencia, recurrida en apelación por todos los demandados, fue íntegramente confirmada por la Audiencia Provincial. Recurren en casación *Siscomp*, sus dos administradores y *Sisbarna*. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)