

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, Luis FAJARDO LÓPEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ**

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. Invocación en el proceso de derecho extranjero.—La jurisprudencia del TS (plasmada, entre otras, en STS de 7 de septiembre de 1990) establece, conforme al artículo 12.6 CC, que el que invoca en el proceso la aplicación de derecho extranjero ha de acreditar, de manera que no quede la más mínima duda en el Tribunal, la existencia, vigencia e idoneidad de la norma invocada. Dentro de este último extremo considera la jurisprudencia que se ha de probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y la interpretación que del mismo ofrezca la doctrina autorizada del país de origen. Tales alegaciones y pruebas ha de realizarlas la parte que invoque el derecho extranjero, ya que se trata de una cuestión de hecho. Si no se acredita de esta forma plena el derecho cuya aplicación se pretende, los Tribunales deberán resolver conforme al derecho español.

Apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia.—Conforme la reiterada doctrina del TS (SSTS de 15 de noviembre de 1997 y 30 de diciembre de 1998), el Tribunal de instancia es soberano para apreciar la prueba. Sólo cuando esta apreciación resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, podrá ser revisada en casación. (STS de 25 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—A raíz de un negocio celebrado por un grupo de ciudadanos belgas con un compatriota suyo, adeuda este último a

los primeros una cantidad. Los acreedores demandan a su compatriota en reclamación de la deuda.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, declarando la existencia de una deuda de tres millones de francos belgas. El demandado en primera instancia interpone recurso de casación que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Títulos nobiliarios. Ilegitimidad de sangre.—Establece el TS (en contra de su STS de 4 de febrero de 1960, de la cual declara que no es la doctrina que posteriormente se ha seguido) que en el derecho nobiliario la ilegitimidad de sangre por sí sola no ha restringido jamás la facultad de ostentar un título nobiliario, ni de obtenerlo por sucesión, salvo que así lo determinase la Carta de Concesión o de Fundación del título. De esta manera, el Derecho nobiliario fue, hasta hace poco, mucho más abierto en esta materia que el Derecho común, que sí establecía distinciones entre los hijos legítimos y los ilegítimos. La legislación histórica y la jurisprudencia (SSTS de 31 de mayo de 1912, 22 de diciembre de 1922 y 7 de diciembre de 1988), equiparó a los hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio a los hijos legítimos a no ser que estuviesen expresamente excluidos en la Carta Fundacional.

Títulos nobiliarios. Sucesión.—En materia de títulos nobiliarios, declara el TS que la Carta de Concesión o Fundación es la pauta legal que determina la obtención por sucesión de los títulos. A falta de ésta, se ha de estar al orden seguido por la tradición o, en el caso de que el título nobiliario se hubiese vinculado a un mayorazgo, a lo que se determinase en la fundación de éste. A través de esta segunda posibilidad se ha admitido la aplicación de un derecho consuetudinario que fijaba la Ley de Sucesión establecida en el Título XV, Ley II, de la segunda Partida para la Corona de Castilla (que establecía para la sucesión la regla del «propincuo» pariente, esto es, el pariente más próximo), lo cual fue ratificado por la Novísima Recopilación en la Ley 15, Título 1.º, Libro 3.º

Títulos nobiliarios. Impugnación de la Carta de sucesión.—Mantiene el TS que los derechos nobiliarios son imprescriptibles y que las Cartas de sucesión se otorgan sin perjuicio de derechos de terceros, de manera que la titularidad otorgada es atacable en cualquier momento sin vulnerar con ello derechos adquiridos.

Ley 11/1981, de 13 de mayo. Vulneración de la DT 8.ª.—Sólo se vulnera el contenido de la DT 8.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuando un derecho fuera reconocido por primera vez en dicha Ley y ésta se aplicase a sucesiones abiertas previamente a su promulgación. (STS de 29 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Fallecido don J. R. M., Conde de Casa Rojas, el título nobiliario se otorga a su pariente más próximo, doña M.ª T. R. R. T., quien lo ostenta durante un tiempo. La hija de don J. R. M. (cuya filiación matrimonial fue declarada por sentencia firme, que la consideró «hija de sangre» del matrimonio que contrajo el fallecido con doña V. R. S. P.), reclama su mejor derecho sobre el citado título.

La demanda es estimada en primera instancia, siendo recurrida esta sentencia por doña M.^a T. R. R. T., que alega que la condición de hija ilegítima de la demandante le impide obtener el título nobiliario por sucesión. La Audiencia Provincial desestima el recurso, ante lo cual acude la apelante en casación. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

3. Conflictos entre el derecho de información y el derecho al honor.—Para que el derecho de información prevalezca sobre el derecho al honor, es preciso que se trate de «hechos veraces, no simples rumores o meras insinuaciones. En modo alguno puede hacerse eco de bulos o comentarios, ni cabe publicar noticias cuya veracidad es fácilmente contrastable, sin hacer ningún género de comprobación».

Identificación mediante iniciales del infamado.—«El infamado, aun identificado por iniciales, padeció los penosos efectos de la noticia que constituyó, dice la Audiencia, un ataque no a la inocencia presunta sino a la inocencia declarada por los órganos judiciales». (STS de 25 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras la publicación de una noticia por la que se entiende involucrado a un miembro de la Guardia Civil en actividades ilegales relacionadas con las drogas, se demanda a los representantes del periódico *Voz de Asturias*, por la intromisión ilegítima en el honor, solicitando la difusión de la sentencia en dicho medio, así como una indemnización de cincuenta millones de pesetas por los daños morales. Los hechos publicados narran una denuncia que tuvo lugar contra el guardia civil ahora demandante, identificable en el texto por sus iniciales. Aquella denuncia había dado lugar en su día a un procedimiento penal que finalizó dando por absuelto al demandado. En cuanto al presente procedimiento, en primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior y condenó a los demandados a la publicación de la sentencia y al pago de un millón de pesetas en concepto de indemnización. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

4. Conflicto entre el derecho de información y el derecho al honor. Carácter necesario de la diligencia del informador y de la veracidad de la noticia para que pueda darse prioridad al derecho de información.—El autor del reportaje, en ejercicio de su libertad de expresión, emitió una opinión faltando a la veracidad «que en modo alguno es inocua para los afectados».

Valoración de la sensibilidad del afectado por la agresión contra el derecho al honor.—«La veracidad exige el deber de diligencia del informador, el contraste de datos objetivos, sobre todo cuando el sujeto pasivo tiene que ser extremadamente sensible a la calificación, dado su origen, el género de actividad a la que se dedica y el lugar en que la ejerce», «la mayor sensibilidad de estas personas debió ser tenida en cuenta». (STS de 15 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. A. A. A., emigrante casado con española, y su hijo menor, fueron fotografiados con su consentimiento pero sin conocimiento del uso de la imagen que se haría después. La fotografía apareció publicada en un reportaje de *El Mundo Magazine*

sobre la inmigración ilegal, en el que el periodista se solidariza con la situación problemática que padecen los emigrantes. A pie de foto aparece escrito: «Estos dos africanos “ilegales” montan un tendere-te en el Rastro madrileño». Se interpone demanda en nombre y representación del padre e hijo fotografiados, en la que se solicita una indemnización de cinco millones de pesetas por el daño moral y material que todo ello ha supuesto para los actores, ambos de nacionalidad española y que ejercen el comercio en el Rastro madrileño con licencia, permisos y pago de los correspondientes impuestos. Se solicita, además, que se restablezca el derecho de los actores mediante la publicación en la misma revista de la parte dispositiva de la sentencia. En primera instancia se estima la demanda y se condena a la publicación de la parte dispositiva de la sentencia y al pago de una indemnización de dos millones y medio de pesetas en concepto de daños morales. La Audiencia Provincial de Madrid confirma la anterior. En casación, no ha lugar al recurso. (C. J. D.)

5. Derecho al honor. Responsabilidad solidaria de autor, director y editor.—Establece el TS, conforme al artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, que existe una responsabilidad solidaria entre el autor de un reportaje considerado como lesivo del derecho al honor, el director del medio informativo en que se publica y el editor de dicho medio informativo. Esta solidaridad conlleva para el lesionado la posibilidad de accionar contra cualquiera de estos sujetos, sin necesidad de demandar a todos o sólo a algunos, ya que la sujeción que establece la ley abarca a estas personas, hayan sido o no parte en el proceso. Como consecuencia de esta solidaridad, lo que se determine en el pleito tendrá efecto de cosa juzgada para todos los sujetos referidos.

Artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966.
Vigencia.—Acudiendo a la doctrina del TC y a su propia jurisprudencia (recogida en las SSTs de 30 de abril de 1990, 22 de abril de 1992 y 20 de mayo de 1993), considera el TS que el artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, no ha quedado derogado de forma tácita por la entrada en vigor de la Constitución Española, ya que su contenido no contradice el espíritu que impregna la Constitución Española (y no es, por lo tanto, inconstitucional), ni coarta tampoco el derecho de libertad de información y comunicación. Lo que este artículo recoge es una mera cuestión de derecho obligacional que se aplica ante un mal uso del derecho fundamental a la información. (STS de 22 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—En la revista *Tribuna de Actualidad* se publica un artículo sobre una serie de profesores de la Universidad de Alicante que se dice que ofrecían buenas notas a sus estudiantes a cambio de favores sexuales. En ese artículo se implica expresamente, entre otros, a don E. R. S. (profesor de la Facultad de Filosofía y Letras), a pesar de que este sujeto no fue en ningún momento objeto de investigación, ni se le abrió expediente administrativo por los hechos que en el artículo se relatan. Don E. R. S., considerando que el citado artículo le produce un descrédito y desmerecimiento a su persona, interpone demanda sobre protección civil del derecho al honor contra la empresa editora de la revista y contra el autor del reportaje.

Esta demanda es estimada por el Juzgado de Primera Instancia, que aprecia la responsabilidad solidaria de los demandados y del director de la revista en que se publicó el artículo. La entidad editora interpone entonces recurso de apelación alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido llamado al pleito el director de *Tribuna de Actualidad*. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia. Ante esto, la empresa editora interpone recurso de casación ante el TS, que declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—En el FD 2.º se refiere el TS a la jurisprudencia del TC respecto a la vigencia y constitucionalidad de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966. Cita al respecto la STC de 7 de marzo de 1988. Sin embargo, esta cita parece ser errónea, ya que con la citada fecha no hay ninguna STC. Sobre el tema de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, véase, en cambio, las SSTC de 17 de junio de 1983 y de 12 de noviembre de 1990, entre otras. (A. M. M.)

6. Prestigio profesional y derecho al honor.—Aun admitiendo que la vía adecuada para la reparación de los atentados contra el prestigio profesional fuera la acción prevista en el artículo 1902 CC, debe tenerse en cuenta que ambos conceptos —honor y prestigio profesional— son difícilmente delimitables: la agresión al honor lleva consigo —en general— la agresión al prestigio profesional del interesado. Los hechos difundidos hacen desmerecer al afectado en la consideración ajena en cuanto le atribuyen una conducta «desprovista de elemental respeto y consideración» hacia otra persona. Su publicación supone por tanto una lesión al honor, que afecta al prestigio profesional del agredido y es innegable su inclusión en el artículo 7.7 de la LO 1/1982.

Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información. La veracidad como requisito. Se exige que el periodista sea diligente.—El derecho al honor debe prevalecer sobre la libertad de información, especialmente cuando la noticia supone «un notorio ataque al honor de la persona presentada como autora del acoso narrado». No responde la publicación al requisito de veracidad exigido jurisprudencialmente por cuanto el periodista no fue diligente para comprobar la base real de las alegaciones recogidas en la noticia.

Protección del derecho al honor: procede aunque el agraviado no ejercitase el derecho de rectificación.—«La agresión al derecho al honor no puede quedar desvirtuada en absoluto por la circunstancia de que el interesado no hiciera uso del derecho de rectificación». (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—En el periódico *La Vanguardia*, bajo el título *Casos de Juzgado de guardia*, se publicaron una serie de hechos entre los cuales figura el siguiente: «Una funcionaria acusa a un Juez de denunciarla para vengarse de sus desaires». Se informa por este medio sobre las alegaciones de acoso sexual realizadas contra el Juez por la funcionaria, al ser demandada por éste en virtud de un supuesto delito de infidelidad en la custodia de documentos públicos. El afectado por dicha información era claramente identificable por detallarse en la noticia el cargo que ocupaba en la Administración de Justicia y el lugar y fecha en que desempeñaba ese cargo.

El mismo juez, solicita ahora que se aprecie la intromisión ilegítima en su derecho al honor, y se condene a los demandados responsables de la publicación de dicha información al pago de una indemnización de veinticinco millones de pesetas, además de la publicación de la sentencia y de la destrucción de determinados materiales relacionados con el caso. En primera instancia se estimó la demanda, si bien reduciendo la cuantía de la indemnización a dos millones y medio de pesetas. La Audiencia confirmó la anterior. En casación, no hubo lugar al recurso. (C. J. D.)

7. Colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.—En el mismo sentido que el TC, el TS mantiene la doctrina de que este tipo de conflictos debe analizarse caso por caso, sin que puedan trazarse apriorísticamente las líneas de separación entre ambos derechos.

Valoración de la intromisión ilegítima en el derecho al honor: no puede hacerse abstracción del elemento intencional de la noticia a partir de expresiones aisladas de su contexto.—No es lícito «aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación».

Prevalencia del interés general cuando la noticia versa sobre una persona pública que desempeña un cargo en la vida política.—Cuando se trata de un personaje público ceden, «en mayor medida», los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 CE frente a los reconocidos en el artículo 20.1.a) y d) CE. En el caso concreto, se cumple con el requisito de que la noticia ha sido debidamente contrastada por el informador; además, se trata de asuntos de relevancia pública e interés general, tratados «con un propósito informativo» carente de «matiz o tono menospreciador» hacia la persona del demandante.

Transcripción literal de información publicada en otro medio.—No hay intromisión ilegítima en el derecho al honor por cuanto se transcribió una información «sin apostillarla ni comentarla, y dejando, en todo momento clara y reiterada constancia de estar reproduciendo la información proporcionada por otro periódico». (STS de 15 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. R. G. demandó a quienes estimó responsables de la publicación de varias noticias en el *Diario 16*, solicitando se declarase la intromisión ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, con publicación de la sentencia y abono de la correspondiente indemnización. La demanda no se estimó en primera instancia ni en apelación. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

8. Prestigio profesional y derecho al honor.—Tras un período de evolución de la doctrina del TS, como la del TC, actualmente el derecho al prestigio profesional se considera incluido en el «núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor».

Protección de la libertad de expresión y preferencia de la libertad de información frente al derecho al honor (o al prestigio profesional), en el supuesto concreto.—La publicación de determinadas declaraciones sobre el informe técnico realizado por un profesional, «nunca podrá estimarse como una afrenta al honor determinado de dicho profesional, sino más bien como una crítica, más o menos afortunada, a un trabajo que afectaba a una obra

pública de trasvase seguida intensamente por una asociación de vecinos, en la que existía la suficiente emotividad». (STS de 22 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En el *Nuevo Diario del Júcar*, se publicaron ciertas críticas al informe técnico sobre una obra pública de trasvase realizado por un profesional, cuestionando que el autor del informe hubiera estado en el lugar afectado por el mismo. El autor del informe interpuso una demanda alegando la intromisión ilegítima en su derecho al honor y solicitando la publicación de la sentencia, así como una indemnización de quince millones de pesetas en compensación por los daños morales. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior, condenando a los demandados a publicar la sentencia y a indemnizar quinientas mil pesetas. En casación hubo lugar al recurso, absolviendo a los demandados. (C. J. D.)

9. Colisión del derecho a la información con el derecho a la propia imagen.—Declara el TS que el derecho a la información no prevalece siempre sobre otros derechos fundamentales, como el derecho al honor o el derecho a la propia imagen. Para que se permita su prevalencia por encima de estos otros derechos, ha de tratarse de una información veraz, que tenga interés general y que haya sido obtenida con la debida diligencia profesional. Por tanto, no quedan amparadas por el derecho a la información las informaciones falsas de carácter privado. (STS de 25 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En el *Diario de Extremadura* apareció publicada una fotografía de cuerpo entero de un sujeto con la cara descubierta en cuyo pie de foto se le identificaba como don P. C. S., condenado por exhibicionismo. La fotografía pertenecía realmente a don L. V. J., el cual interpuso demanda contra la editorial del citado diario, el director del mismo y el periodista que realizó el artículo en el que aparecía la citada imagen, solicitando (entre otros pedimentos) la declaración de que la publicación de la fotografía con el citado pie de foto era una intromisión ilegítima del derecho al honor y a la propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, ante lo cual interpusieron recurso de apelación los demandados en primera instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso y absolvió a los recurrentes. Don L. V. J. acudió ante el TS, el cual estimó el recurso de casación. (A. M. M.)

10. Conflictos entre la libertad de información y el derecho al honor.—Los límites entre los derechos fundamentales de libertad de información y de protección al honor no se pueden establecer apriorísticamente, sino caso por caso. Para que pueda prevalecer el primero sobre el segundo es necesario que la información sea veraz y que haya sido contrastada razonablemente; que se refiera a asuntos de interés general y que no se sobrepase el fin informativo «dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado». En el caso concreto, la publicación de unos datos que arrojan sobre la demandante ciertas sospechas de prostitución, unido a la falta de un interés general del asunto y a que la persona afectada no es un personaje público,

excluyen la preeminencia del derecho a la información sobre el derecho al honor.

Determinación del *quantum* de la indemnización por intromisión en el derecho al honor, y posterior modificación del mismo en casación.—«La Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 9.3, establece unos módulos para la determinación del *quantum* indemnizatorio, cuyas bases es posible combatir-las casacionalmente». (STS de 29 de enero de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En la revista *Cambio 16* se publicó un reportaje detallando ciertos hechos relativos a un crimen. La demandante aparecía como amiga de la autora del delito, como persona que probablemente había sido inducida por esta última a la prostitución, y como persona que había mantenido prácticas homosexuales tanto con la autora del crimen como, posiblemente, con la víctima del mismo. Se publicaba y daba a entender que el móvil del crimen fueron los celos. La demandante alega intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad e imagen (en el reportaje se publicaba una foto en la que aparecía ella, entre otras personas), y solicita que se condene a los demandados a la publicación de la sentencia y al pago de una indemnización de cinco millones de pesetas. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid, revocando la anterior, estimó haber intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal e imagen y condenó a la difusión de la sentencia y al pago de dos millones y medio de pesetas en concepto de indemnización. En casación, hubo lugar en parte al recurso, reduciendo la indemnización a quinientas mil pesetas. (C. J. D.)

11. Derecho a la información en colisión con el derecho al honor.
«Reportaje neutral».—A la vista de la doctrina del TC (STC de 15 de febrero de 1994), establece el TS que este tipo de reportajes «neutrales» se caracterizan porque no es posible realmente atribuir al medio informativo la autoría de la noticia, sino que dicha autoría se ha de atribuir a la persona que realiza las declaraciones que el medio informativo se limita a recoger.

«Reportaje neutral». Deber de diligencia del informador.—Para considerar que se ha cumplido en estos casos el deber de diligencia que se exige que preste el informador (para entender su actuación amparada en el derecho a la información), basta, según indica el TS, siguiendo la doctrina reiterada del TC (SSTC de 30 de enero de 1995 y 26 de marzo de 1996), con que se haya constatado la verdad del hecho de la declaración. No es necesario, por tanto, que la actuación del informador se extienda a la comprobación de la veracidad de lo declarado, ya que tal responsabilidad sólo sería exigible al autor de la declaración. (STS de 5 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *La Opinión* aparece un artículo en el que se informa acerca del cese del director de un centro penitenciario. En el artículo se contienen una serie de declaraciones, que se atribuyen a fuentes de la *Asociación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias*, en las que se narra que la proveedora de los medicamentos de la penitenciaría es la mujer de uno de los jefes de servicio de la misma. La farmacia de la que es titular esta mujer, según estas fuentes anónimas, no pertenece a la población más cercana a la prisión, como exige la normativa. Ante estas

declaraciones, el jefe de servicio aludido en el reportaje interpone demanda contra la editora del diario, el director del mismo y el periodista que realizó el reportaje, solicitando su condena a una determinada indemnización por los daños ocasionados a su honor.

La demanda es estimada en primera instancia. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados en primera instancia. Éstos acuden ante el TS, el cual declara haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

12. Tutela. Ejercicio de la representación por el tutor. Limitaciones. Acción de separación o divorcio.—Conforme al artículo 267 CC, el tutor representa al incapaz en todo momento, salvo en aquellos actos que pueda realizar por sí solo, bien porque lo establezca así la ley o bien porque se recoja en la sentencia de incapacitación. Algunos actos se prohíben expresamente por considerar que en ellos no ha de admitirse la representación, o porque están prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad. Dentro de estas exclusiones, el TS, siguiendo a la doctrina, considera que los negocios jurídicos de derecho de familia, y en especial aquellos actos que implican un cambio de estado civil de las personas, no pueden ser ejercitados a través de representación. Entre éstos se encuentran las acciones de separación y divorcio que, debido a su carácter personalísimo, sólo pueden derivar de un acto de voluntad del propio cónyuge, que es el legitimado por la Ley para ello.

Tutela. Naturaleza de la representación.—Establece el TS que la naturaleza de la representación que ejercita el tutor a favor del menor o incapacitado exige que sea el representante quien emita la declaración de voluntad a partir de la cual se forma el negocio jurídico de que se trate, pero que los efectos de este negocio recaigan sobre el representado.

Principio de igualdad. Discriminación.—Siguiendo la doctrina del TC (plasmada, entre otras, en la STC de 9 de junio de 1995), estima el TS que el principio de igualdad exige que a supuestos de hecho iguales se les apliquen las mismas consecuencias jurídicas, sin que se puedan introducir entre ellos elementos de distinción arbitrarios o carentes de fundamentación razonable. (STS de 27 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña E. P. C., tutora de doña E. B. P., incapacitada por sentencia firme y casada con don J. L. V. F., insta procedimiento de jurisdicción voluntaria a fin de solicitar autorización judicial para interponer demanda de separación o divorcio en nombre y representación de su tutelada. El Juzgado de Primera Instancia dicta Auto en el que concede tal autorización. Apelado este Auto por don J. L. V. F., la Audiencia Provincial deniega el recurso y confirma la resolución de primera instancia.

Tras la obtención de la autorización, doña E.P.C. insta demanda de separación en nombre y representación de su tutelada. El marido se opone a esta demanda y alega falta de legitimación activa; alegación que es admitida en primera instancia, desestimándose la demanda. La tutora apela esta sentencia y la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirmando la sentencia de primera instancia. El Ministerio Fiscal, que intervino en todo el procedimiento, interpone recurso de casación en interés de Ley ante el TS, sobre la base de que resulta necesario obtener un criterio definido sobre el posible ejercicio por el tutor de la acción de separación o divorcio

en nombre y representación del tutelado. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La doctrina mayoritaria sigue la línea que marca en esta sentencia el TS de exclusión de la posibilidad de ejercicio por el tutor de la acción de separación o divorcio en nombre del tutelado. Véase al respecto, entre otros, A. J. Pérez Martín (*Derecho de Familia II. El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Valladolid, 1999, pp. 71-72) y C. M.^a Entrena Klett (*Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1990, p. 535). En contra, sin embargo, la opinión de M.^a J. Mascarell Navarro (*Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1985, pp. 89-91), que sí acepta la posibilidad de ejercicio de estas acciones por el tutor previa autorización judicial. Una postura intermedia la recoge J. M.^a Martinell (*Procesos matrimoniales civiles*, Barcelona, 1990, pp. 132-135), que parece admitir la representación en estas materias por el tutor en algunos casos. (A. M. M.)

13. Asociaciones. Facultad de autoorganización y disciplinaria.

Límites.—Las sociedades cuentan con un poder de autorregulación y ejercicio disciplinario derivado de la libertad de pactos que conlleva la autonomía de la voluntad. Esto les permite, como expresamente acepta el TC (STC de 22 de noviembre de 1988), que determinen en sus Estatutos las causas de expulsión de los socios. Sin embargo, este poder no es ilimitado, de manera que no puede suplantar, obstaculizar o eludir el derecho a la tutela judicial efectiva.

Acuerdos de expulsión de socios. Adopción por la Junta Directiva.—Según indica el TS, cuando la Junta Directiva de las asociaciones adopta acuerdos de expulsión de socios se ha de limitar a juzgar si concurren o no las circunstancias que, según los Estatutos, conllevan este tipo de sanción. No puede decidir por sí misma el establecimiento de las causas de expulsión de los socios, sino que ha de contar con una cobertura legal, reglamentaria o estatutaria previa. De lo contrario se produciría inseguridad jurídica, proscrita en el ordenamiento (art. 9.3 CE). Por tanto, los órganos directivos no pueden crear normas estatutarias, sino que esta labor corresponde a la Asamblea General de socios, en la que radica la soberanía de la asociación.

Acuerdos de expulsión de socios. Control judicial.—El TS pone de manifiesto en varias sentencias (entre otras STS de 24 de marzo de 1992) el problema que supone la valoración de determinados acuerdos de las asociaciones —de «justicia interna» o «jurisdicción privada»— que imponen consecuencias graves para los socios, como es el caso de los acuerdos de expulsión. Pese a la dificultad, estos acuerdos están sometidos a control judicial no sólo en lo relativo a si se han cumplido las formalidades estatutarias requeridas para su adopción y se han respetado las normas legales, sino también en lo relativo a si el juicio interno de la entidad sobre la interpretación y aplicación de las reglas estatutarias ha sido o no adecuado. (STS de 28 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La Junta Directiva de la asociación *Real Aeroclub de Vigo* adoptó un acuerdo de suspensión temporal de la condición de socio, seguido de un acuerdo de pérdida de tal condición, respecto de tres de los socios de dicha entidad. Los socios afectados

interpusieron demanda solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de nulidad de ambos acuerdos y la reposición en la condición de socios que hasta entonces ostentaban.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, ante lo cual interpuso recurso la entidad *Real Aeroclub de Vigo*. Este recurso de apelación fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, que declaró nulo sólo el segundo de los acuerdos adoptados. Los apelantes acudieron ante el TS, el cual no estimó el recurso. (A. M. M.)

14. Levantamiento del velo.—Cuando una persona utiliza de forma antijurídica la personalidad jurídica y, por ende, la limitación de responsabilidad que ofrece la forma legal de la sociedad de capital, el órgano jurisdiccional puede proceder a «levantar el velo» de la sociedad y atribuir los efectos del incumplimiento de un contrato al sujeto que ha desarrollado la conducta fraudulenta.

Posibilidad de determinación de liquidación de saldo en procedimiento de ejecución de sentencia.—No existe ningún impedimento legal para que se difiera a la fase de ejecución de la sentencia la delimitación y cumplimiento de cláusulas contractuales que contengan la liquidación de un saldo dinerario. Para ello, se deberán tener en cuenta los criterios jurisprudenciales que interpretan el artículo 360 LEC: es posible diferir a la fase de ejecución de sentencia la fijación cuantitativa o las bases para efectuar la liquidación de condena (STS de 14 de octubre de 1991), si bien las bases para tal actuación deben ser concretadas adecuadamente en la sentencia del procedimiento principal (STS de 12 de febrero de 1991). Del mismo modo, la actuación equitativa del Juez prevista en el artículo 1154 CC puede también llevarse a cabo en la fase de ejecución de la sentencia. (STS de 14 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—M. C. V. y M. T. J. celebraron un contrato de permuta de inmueble con la mercantil A., S. A. Posteriormente se hizo intervenir (no se deduce con claridad de los hechos en calidad de qué interviene, aunque la sentencia establece la presunción de que su intervención alberga fines fraudulentos) a una nueva sociedad mercantil, J., S. A., constituida exclusivamente por el apoderado único de A., S. A., V. G. M., y su familia. Ante el incumplimiento del contrato, los actores —nombrados en primer lugar— solicitaron la declaración de su derecho de propiedad sobre el inmueble objeto del contrato, la obligación de entrega del mismo, sin cargas, por parte de los demandados —las mercantiles mencionadas y el apoderado en virtud de la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»— y la práctica de la liquidación de cuentas entre los litigantes con ocasión del contrato de permuta. Estimada parcialmente en instancia, recurren los actores en apelación, que estima todos los motivos con excepción de la práctica de la liquidación. Recurren todas las partes en casación. Se estima en su totalidad la pretensión de la actora, se desestima íntegramente la de las partes demandadas. (I. T. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Reconocimiento de deuda. Causa. Se presume *ius tantum*.—El reconocimiento de deuda, como cualquier otro contrato, goza de la presunción de la existencia y licitud de su causa *ex* artículo 1277 CC, pero cuando se alegue una concreta causa (en el caso analizado: el pago al demandado de determinada cantidad, supuestamente a título de préstamo), ésta podrá ser destruida por prueba en contrario (el demandado prueba que el pago se hizo a una empresa de la que era accionista, pero no a él), decayendo entonces la presunción.

Congruencia. Con relación a la *causa petendi*.—La congruencia exigible a toda sentencia, conforme al artículo 359 LEC, comporta inexcusablemente una adecuada y lógica correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo, no sólo con las peticiones deducidas por las partes (*petitum* de las respectivas demanda y reconvencción), sino también con los hechos (relato histórico) que sirven de soporte fáctico a las mismas (*causa petendi*). La aplicación del principio *iura novit curia*, si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen convenientes, no les faculta para resolver la cuestión sometida a su decisión transmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas (lo que podría atentar contra el art. 24 CE). (STS de 29 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 6 de febrero de 1986, don A. M. F., de nacionalidad española, otorga escritura pública de reconocimiento de deuda a favor de don E. W., de nacionalidad alemana, por la que reconoce adeudarle a éste diez millones de pesetas, cantidad que se obliga a devolver en el plazo máximo de dos años. El señor E. W., con apoyo en este documento y en vista de la falta de pago, promoverá en agosto de 1991 juicio de menor cuantía en reclamación de la referida cantidad, más los intereses moratorios pactados. El demandado señor A. M. F. se opone a la demanda, formulando reconvencción en la que solicita que se declare nulo el reconocimiento de deuda por falta de causa, al apoyarse la demanda en que el actor había hecho entrega de una cantidad al demandado, cuando queda probado que la referida suma de dinero la había ingresado la actora en una cuenta a nombre de la mercantil S. M., S. A., de la que el demandado era accionista. La Audiencia considera que para desvirtuar la presunción de validez y existencia de la causa del artículo 1277 CC le era además necesario al demandado probar su falta de relación con la referida mercantil, por lo que revoca la sentencia de instancia (que había sido totalmente estimatoria de la reconvencción y desestimatoria de la demanda principal). (L. F. L.)

16. El juez puede apreciar de oficio la nulidad del título esgrimido por el tercerista de dominio.—Para oponerse a una demanda de tercería basta con ser demandado; cuanto más que apoyándose el incidente de la tercería de dominio en un título nulo de pleno derecho por falta de causa puede ser (el obstáculo) apreciado de oficio por el juez.

Jurisprudencia sobre la simulación del contrato.—Es muy numerosa la jurisprudencia de esta Sala que interpreta el artículo 1275 CC, referente a los contratos sin causa y el 1276 CC, que contempla la expresión de una causa falsa en los contratos.

Las SS de 15 de mayo y 2 de junio de 1983, 24 de febrero de 1986, 1 de julio, 5 y 10 de noviembre de 1988 coinciden en la misma doctrina: la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público.

El TS reconoce la necesidad de acudir a la prueba de presunciones para apreciar la realidad de la simulación (S de 5 de noviembre de 1988).

Según la S de 29 de noviembre de 1989 la falsa declaración es el exponente de la falta de causa. Tanto la causa inexistente como la causa falsa provocan la ineficacia del negocio jurídico. Y consecuentemente la ausencia de la titularidad dominical, que legitimaría el planteamiento de la tercería.

Jurisprudencia sobre la buena fe y el abuso del derecho.—Esta Sala se ha pronunciado frecuentemente sobre la interpretación de estas básicas normas. Son altamente significativos los fallos siguientes:

— La S de 6 de abril de 1954: «Los contratos absolutamente simulados, y por lo mismo inexistentes ante el derecho, carecen de virtualidad para fundamentar en ellos la aplicación de dicho principio de derecho».

— La S de 31 de octubre de 1984, reiterativa de otras anteriores: «Para que el principio de la buena fe tenga virtualidad es esencial que los actos realizados sean jurídicamente eficaces y que sean válidos en derecho y suficientes para producir un efecto jurídico».

— La S de 18 de octubre de 1982: «El principio de la buena fe no puede ser amparador de actos que por su ilicitud no han debido nunca existir».

Subsumiendo esta jurisprudencia en los presupuestos del caso controvertido, es forzoso concluir que también este motivo debe ser rechazado. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El TS, confirmando la decisión de la Audiencia Provincial y del Juzgado de Primera Instancia, rechazó la tercería de dominio interpuesta, al ser simulado y nulo el contrato por el que el tercerista adquirió la propiedad de los bienes embargados. La simulación se declaró teniendo en cuenta, entre otros hechos, la proximidad temporal entre el ejercicio de la acción ejecutiva y la venta de los inmuebles y la falta de acreditación del pago. (L. F. R. S.)

17. Perfección del contrato.—La resolución recurrida centra acertadamente el objeto del litigio en la cuestión de la perfección del negocio jurídico originado por la adjudicación a la recurrente de una de las partidas del mencionado concurso, lo que, según manifiesta literalmente, «reconduce al tema de consentimiento contractual (art. 1261 CC), que se manifiesta al aunarse las voluntades en concurso (oferta-aceptación), ello en relación con el supuesto específico de la contratación entre ausentes, a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 1262 CC, cuando dice que la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que “llegó” a su conocimiento, con lo que en principio y entre las teorías que se mantienen puede estimarse recogida por el Código la teoría de la recepción, matizada en el sentido de estimarse suficiente a los efectos contractuales que el oferente haya podido proporcionarse conocimiento de la aceptación en circunstancias normales, o en otros términos, se considera como momento clave para la perfección el de la recepción, pudiendo presumirse que si el ofertante (*sic*) no ha conocido la aceptación, ello es debido a su proceder omisivo o negligente,

quedando a su cargo la prueba en contrario». Al conjugar esta posición doctrinal con los datos acreditados sobre el incumplimiento del plazo de presentación de la fianza definitiva y el aviso de la llegada de la carta certificada donde se le daba traslado de la adjudicación del concurso, la Audiencia Provincial obtiene la conclusión de que no cabía la formalización del contrato según las reglas del concurso, y ello no por incumplimiento de *Televisión Española, S. A.*, sino por negligencia o descuido de la hoy recurrente, que recogió la carta de la estafeta de correos casi mes y medio después del momento del aviso, y por ello, el 25 de octubre de 1991, fue anulada la adjudicación, cuando todavía no se había presentado la fianza, que aparece concertada con la entidad de crédito y caución con fecha 29 de octubre de 1991; y esta Sala entiende que el sistema de la recepción, para el cual se perfecciona el contrato sólo cuando la aceptación llega a poder del ofertante (*sic*) o al ámbito o círculo de intereses del mismo, es, sin duda, el más próximo al legalmente contemplado, y su aplicación por el Tribunal de apelación no ha conculcado precepto alguno, ni tampoco la doctrina jurisprudencial expresada en el motivo. (STS de 24 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 6 de septiembre de 1991, la empresa *Televisión Española, S. A.*, envió una carta certificada por la que comunicó a la empresa *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*, que había sido adjudicataria de un concurso convocado para la adquisición de distintos productos tecnológicos. La cláusula décima del pliego del concurso establecía que la empresa adjudicataria disponía de veinticinco días a contar desde el aviso de envío de la carta para prestar fianza en garantía del cumplimiento de las obligaciones previstas en el concurso. Aunque la adjudicataria *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*, fue avisada del envío con fecha 9 de septiembre del mismo año, la misma no recogió la carta de la oficina de correos hasta el día 15 de octubre y no concertó la fianza hasta el día 29 de octubre, fecha en que la empresa *Televisión Española, S. A.*, ya había anulado la adjudicación del concurso. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por la empresa *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*, por la que solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa *Televisión Española, S. A.*, y la condena de ésta al pago de indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia Provincial declaró no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandante. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El TS sostiene que el apartado segundo del artículo 1262 CC acoge la teoría de la recepción en cuanto al momento de perfección del contrato en la contratación entre ausentes. Ese criterio resulta acorde con la evolución más reciente. Así, el apartado segundo del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Instrumento de Adhesión de 17 de julio de 1990; BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991), dispone, como regla general, que «la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente». Sin embargo, la aplicación de esa teoría al caso resuelto debiera haber inducido al TS a situar la perfección del contrato

resultante de la adjudicación en el momento en que la aceptación de la oferta, la carta por la que la empresa *Televisión Española, S. A.*, comunicó la adjudicación del concurso, llegó a poder o al ámbito o círculo de intereses de la adjudicataria *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*; sin que el hecho de que esta última actuara con negligencia al recoger la carta mencionada de la oficina de correos pudiera obstar a dicha perfección. Ello hubiera resultado conforme a los principios de buena fe, de autorresponsabilidad y de confianza a los que se ajusta ese criterio (vide Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La formación del contrato*, ADC, tomo XLVIII-I, 1995, 5-31, pp.12-13). Cuestión distinta es que la empresa adjudicataria haya incumplido su obligación de prestar fianza en el plazo previsto por las cláusulas del concurso. Incumplimiento que facultó a la empresa *Televisión Española, S. A.*, a anular la adjudicación, esto es, resolver el contrato, y que hace decaer la pretensión indemnizatoria de la adjudicataria. (*J. M. B. S.*)

18. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.—La cláusula de sumisión se presenta en este caso como típica cláusula de adhesión, por haber sido redactada unilateralmente por el contratante que la impone. Se mantiene y ratifica una reiterada y consolidada jurisprudencia de esta Sala (SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 25 de noviembre de 1996, 18 de septiembre de 1998) expresiva de que la Directiva comunitaria 93/13, de 5 de abril de 1993, cuya transcripción a nuestro ordenamiento ha efectuado la Ley de 13 de abril de 1998, define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con consumidores, una de las cuales es la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato de adhesión al que se refieren estas actuaciones, la cual ha de considerarse ineficaz por el gran desequilibrio que origina entre las partes litigantes. (**STS de 9 de diciembre de 1998.**)

HECHOS.—Doña Mercedes A. A. compró unos libros a la empresa *Salvat Editores, S. A.* En el dorso de la hoja de pedido de los mismos se contenía una cláusula de sumisión de las partes a los Tribunales de Barcelona, donde la vendedora tenía su domicilio social. El domicilio de la compradora, que coincidía con el lugar fijado para el pago del precio, se encontraba en Elche. El impago de los libros llevó a la vendedora a interponer contra doña Mercedes una demanda de reclamación de cantidad ante los Juzgados de Barcelona. Tras ser emplazada en juicio, la demandada promovió inhibitoria por entender que la competencia territorial para conocer del juicio correspondía a los de Elche. Al insistir el Juzgado barcelonés en su competencia, se elevó la cuestión al TS, quien declaró la cláusula abusiva y reconoció la competencia del Juzgado ilícitano. (*A. R. G.*)

19. Eficacia relativa del contrato cedido.—El artículo 1257 CC establece, en principio, la norma de la eficacia relativa de los contratos; pero dicha eficacia relativa no puede ni debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica moderna, recogida por la jurisprudencia de esta Sala reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos a la denominada eficacia indi-

recta de los mismos con respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos (SS de 3 de octubre de 1979 y 2 de noviembre de 1981, entre otras muchas). Esta teoría de efectos colaterales de los contratos, se puede y se debe aplicar totalmente a la presente contienda judicial, desde el instante mismo, en que el contrato plasmado en documento de 15 de junio de 1977, denominase compraventa o promesa unilateral de venta, el *nomen iuris* es lo de menos, tiene que producir sus efectos, por lo menos en su punto de vista indemnizatorio, desde el instante mismo que uno de los contratantes cedió todos sus derechos sobre el referido contrato, por documento de 12 de julio de 1977, al demandante del actual pleito y, ahora, recurrido en casación. En conclusión, que hay que proclamar la efectividad de este contrato como derivado de la cesión de derechos establecida en el anterior. Y se habla a efectos indemnizatorios, desde el momento mismo que en la sentencia recurrida se ha definido la situación contractual actual en cuestión, como de incumplimiento por parte de los ahora recurrentes, siendo ello una *quaestio facti*, inatacable en esta vía casacional, según consolidada y pacífica doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS de 21 de mayo de 1992, 18 de diciembre de 1993 y 7 de diciembre de 1994, entre otras muchas). Todo lo anterior indica que se debe extender a los recurrentes la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de su incumplimiento del contrato plasmado el 15 de junio de 1977 y afectado directamente por el suscrito el 12 de julio de 1977. (STS de 29 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 15 de junio de 1977, don José M. M., doña María Eulalia M. A. y don Eladio G. M. A. otorgaron contrato de compraventa o promesa unilateral de venta de una finca (la sentencia no resuelve esta cuestión) a favor de don Ricardo G. R. Éste cedió dicho contrato a don José C. A. el día 12 de julio de 1977. Este último interpuso demanda en la que reclamaba el cumplimiento del contrato cedido a los vendedores o promitentes y a los herederos del cedente don Ricardo G. R. El Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato de cesión y condenó a los herederos del cedente a devolver al cesionario don José C. A. la suma de 2.000.000 de pesetas y a pagar a éste indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Contra esta sentencia don José C. A. interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo acogió en parte: no condenó solamente a los herederos de don Ricardo G. R. a abonar a don José C. A. la cantidad de 2.000.000 de pesetas, con los intereses legales devengados desde el día 12 de julio de 1977, sino también a los vendedores o promitentes a reintegrar a don José C. A. la cantidad de 1.000.000 de pesetas con los intereses legales del 10 por 100 desde el día 15 de junio de 1977. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los vendedores o promitentes. (J. M. B. S.)

20. Derecho de repetición. Mancomunidad entre los codeudores.—Según el TS, el deudor solidario que paga al acreedor inicial no se subroga en su posición, sino que nace para él *ex novo* el derecho de repetición frente a los demás deudores, que quedan obligados mancomunadamente (art. 1145 CC). Este derecho es fragmentable y escindible en tantos derechos de crédito a favor del deudor que ha pagado, cuantos sean los codeudores.

Ejercicio procesal del derecho de repetición.—El titular del derecho de repetición puede acumular sus acciones contra sus codeudores y proceder contra todos en un mismo proceso o interponer una demanda contra cada deudor por separado. En este caso, cada deudor podrá oponer las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las personales, sin que le perjudique lo actuado frente a los demás.

Litisconsorcio pasivo necesario. Existencia.—La excepción de litisconsorcio pasivo necesario ha de apreciarse en el caso de que se justifique un interés directo e inmediato en el pleito que aparezca de forma clara y patente y que suponga la posibilidad de quedar afectado por lo fallado en el litigio.

Litisconsorcio pasivo necesario. Finalidad.—Sostiene el TS en reiterada jurisprudencia (SSTS de 27 de junio de 1986, 11 de diciembre de 1990 y 7 de enero de 1992) que a través de esta excepción procesal se intenta traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídico-litigiosa, a fin de evitar, por un lado, la indefensión de estos sujetos (al no haberles permitido alegar y probar lo que a su derecho conviniera, no siendo oídos, ni vencidos en el pleito) y, por otro lado, que recaigan sentencias contradictorias.

Momento procesal para apreciar el litisconsorcio pasivo necesario. Cautelas.—Establece el TS que el litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciado (incluso de oficio) en cualquiera de las fases del procedimiento. Sin embargo, se ha de guardar cierta cautela en tal apreciación, a fin de evitar que se favorezcan con ello las posturas dilatorias de los que, teniendo la posibilidad y el deber de alegar el litisconsorcio en la fase procesal de contestación a la demanda, lo omitieron y esperaron a que el pleito arrojase un resultado desfavorable a sus intereses. Según reiterada jurisprudencia (STS de 1 de julio de 1993), esto, que atenta contra la buena fe y la necesaria lealtad jurídico-procesal, ha de llevar a una desestimación de la excepción de litisconsorcio, ya que no hay ningún perjuicio real de tercero.

Planteamiento en casación del litisconsorcio pasivo necesario.—La vía procesal adecuada para alegar en casación la excepción de litisconsorcio, según indica la doctrina del TS (STS de 30 de enero de 1993), es el artículo 1692.3.º LEC, no el 1692.4.º LEC.

Carga de la prueba. Alegación en casación.—Reitera el TS su doctrina relativa a que el artículo 1214 CC no puede servir de apoyo a un recurso de casación, porque no contiene ninguna norma sobre valoración de la prueba, sino la regulación sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes. Es un precepto que se emplea para imputar a una de las partes las consecuencias negativas derivadas de la absoluta falta de prueba sobre los hechos alegados en el proceso, no para revisar la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia. Éste puede obtener su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de qué parte las haya alegado. (STS de 4 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Tres hermanos son propietarios de un grupo de empresas que venden a una entidad por un elevado precio. En el contrato se pacta la obligación solidaria de los vendedores de indemnizar a la compradora de forma ilimitada por los pasivos fiscales a los que pudiera quedar obligada alguna de las empresas del grupo. En garantía de esta posible deuda existen cien millones depositados en una Caja de Ahorros, que están afectos también a otras responsabilidades.

Con posterioridad a la venta, la Inspección de Hacienda levanta Acta que declara la existencia de una deuda fiscal en una de las empresas. Ante el agotamiento de la garantía que estaba depositada en la Caja de Ahorros, la compradora acude contra uno de los hermanos vendedores, que anticipa el pago de toda la deuda. Este vendedor acude contra otro de los vendedores y contra el cónyuge de éste, solicitando el pago de la parte que les correspondía como codeudores.

La demanda es estimada en primera instancia, ante lo cual acude en apelación el demandado ante la Audiencia Provincial. Ésta estima parcialmente el recurso, absolviendo a la mujer del demandado. El apelante interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, la infracción de la doctrina sobre el litisconsorcio pasivo necesario. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Téngase en cuenta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya entrada en vigor está prevista para el 8 de enero del 2001. En esta nueva Ley se regula expresamente la materia de litisconsorcio pasivo necesario en el artículo 12.2; materia que hasta ahora carecía de regulación legal y cuya elaboración había sido fruto de la jurisprudencia. Igualmente, la DD única 2.1.^a contiene la previsión de derogación del artículo 1214 CC, en un intento por concentrar toda la materia esencialmente procesal en la nueva regulación. (A. M. M.)

21. La mora en las obligaciones recíprocas. La existencia del requerimiento como cuestión de hecho.—La existencia o no del requerimiento al deudor es una cuestión de hecho cuya apreciación es facultad privativa de los Tribunales de instancia. Las conclusiones de éste han de ser respetadas en casación en tanto no se impugnen por la vía idónea para ello, es decir, mediante la invocación de error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas; tal impugnación no se produce en este caso en que el recurrente, como si en una nueva y tercera instancia nos encontráramos, procede a una revisión y particular apreciación de las pruebas practicadas e incluso de los escritos iniciales de la otra parte, para obtener un resultado probatorio favorable a sus intereses, lo que no es admisible en casación.

Necesidad de requerimiento de pago al deudor del precio cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo.—No obstante las controversias doctrinales suscritas por la interpretación del último párrafo del artículo 1100 CC, en relación con la mora en las obligaciones recíprocas, el sector más significativo de la doctrina está de acuerdo en la necesidad de la interpelación por el vendedor que ha cumplido su obligación de entrega para poner en mora al deudor del precio, cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo. En este sentido se manifiesta la jurisprudencia más moderna, según la cual la mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo; según la S de 29 de marzo de 1985, citada en la de 23 de marzo de 1992, «el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos»; la S de 19 de septiembre de 1988 se refiere a que

«del tenor de los documentos se desprende que ninguno se refiere a los daños por mora y por tanto el contrato estaba naturalmente sometido a las reglas generales de la mora de las obligaciones recíprocas, sobre la cual en autos no consta que el simple retraso fuera elevado a la categoría jurídica de mora a través de los oportunos requerimientos»; y la más moderna de 21 de noviembre de 1994, refiriéndose al artículo 1100, párrafo 3.º, CC, en supuesto análogo al ahora contemplado, dice que «el precepto cuestionado sólo distingue, en realidad, dos tipos de mora, la que exige requerimiento y la automática, comprendiendo esta segunda dos supuestos (1.º y 2.º) de manera que no hay un tercero pues el segundo párrafo debe interpretarse en relación con los anteriores del artículo en el sentido de acumular a los generales un requisito más de la mora, propio de las obligaciones recíprocas» que no es sino, añadimos, el cumplimiento de su obligación por quien pretende la mora de la otra parte. Pactado en el caso ahora enjuiciado un aplazamiento para el pago del precio de la compraventa celebrada entre las partes litigantes y declarado por la sentencia recurrida que no ha existido un previo requerimiento de pago del vendedor al comprador, no resultan vulnerados por la sentencia *a quo* los preceptos que se invocan en el motivo que ha de ser desestimado.

El comprador no debe intereses moratorios por el tiempo que media entre la entrega de la cosa y el pago del precio cuando la cosa vendida y entregada no produce fruto o renta.—Es clara la subordinación que establece el invocado artículo 1501.2.º entre la obligación de pagar intereses y el carácter fructífero de la cosa vendida, «si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta». Este último requisito no se da en el caso presente, sin que pueda considerarse como fruto o renta, cualquiera que sea la amplitud que se dé a estos conceptos, el mayor valor que por el transcurso del tiempo o, incluso, por la actividad del comprador, adquiera la cosa vendida, pues el fruto es «todo beneficio o rendimiento que, con propia sustantividad, se deriva de la utilización o explotación de una cosa» (S de 6 de marzo de 1965).

Inexistencia de enriquecimiento injusto.—Son requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, *a)* aumento del patrimonio del enriquecido; *b)* correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *lucrum cesans*; *c)* falta de causa que justifique el enriquecimiento; y *d)* inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. En el presente caso ni se ha producido un incremento del patrimonio de la Cooperativa demandada que proceda de un correlativo empobrecimiento del vendedor, pues no puede considerarse como tal desplazamiento patrimonial el incremento de valor de la finca vendida por el transcurso del tiempo. (STS de 5 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 15 de noviembre de 1967, don Francisco M. C. vendió un terreno a la *Cooperativa de Viviendas de Granollers*. Transcurridos varios años, ésta interpuso demanda (no se especifica su fecha de presentación) en la que solicitaba al Juzgado de Primera Instancia, entre otros pedimentos, que condenara al vendedor don Francisco M. C. a elevar a escritura pública la venta de dicho terreno. Por su lado, don Francisco M. C. formuló demanda reconvenzional, en la que reclamaba el pago de una cantidad impagada del precio de la compraventa superior a la indicada por la demandante y de los intereses moratorios correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia, con fecha 19 de abril de 1993, estimó en

parte la demanda y en parte la demanda reconvenzional. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el vendedor. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el vendedor don Francisco M. C., aún disconforme con la fijación de los intereses moratorios realizada hasta el momento por los distintos órganos judiciales. (*J. M. B. S.*)

22. Incumplimiento contractual. Indemnización de daños y perjuicios.—Todo incumplimiento supone, por regla general, un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral. La falta de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía y, por tanto, a la cuantía de la indemnización. Así lo tiene reiteradamente declarado el TS en las SS de 5 de junio de 1985, 9 de mayo y 27 de junio de 1984, y 22 de octubre de 1993 (FD 2.º). (**STS de 31 de diciembre de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia no concede la resolución de la compraventa instada por la compradora «al no entregar el género convenido a la actora dentro del plazo pactado, ni con posterioridad», ni la indemnización de daños y perjuicios que igualmente solicita. Ambas partes son sociedades mercantiles del ramo textil, y la venta tiene por objeto diversas prendas de ropa. Vencida la demandante en primera instancia, y obteniendo la resolución del contrato en apelación, recurre en lo referente a la indemnización, sin recurso alguno de la demandada con respecto a la procedencia de la resolución. (*L. F. L.*)

23. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.—De la apreciación conjunta de los artículos 1111, 1291.3 y 1294 CC se desprende que la nota más característica de la acción conocida como «pauliana» es su subsidiariedad, entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene por qué ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.

Otros presupuestos.—Junto a la subsidiariedad, coexiste otro presupuesto, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a configurar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia» en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, e interpretado, como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de casi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación (S de 6 de abril de 1992).

Cuestiones de hecho.—Siendo meras cuestiones de hecho las de la existencia del fraude, así como las de existencia o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, es evidente que quedan sometidas a la exclusiva competencia de la Sala de instancia, lo que lleva, por consiguiente, a la remisión

del resultado probatorio, cuyos hechos que le configuran son inatacables en casación. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 28 de agosto de 1990, el matrimonio formado por don Manuel A. M. y doña Pilar G. E. celebró un contrato de apertura de crédito con la entidad *Ibercaja*. Pocos días después, el día 16 de noviembre del mismo año, aquéllos donaron la casi totalidad de sus fincas a sus hijos mediante distintas escrituras públicas. Ese matrimonio únicamente conservó la titularidad de una finca en la que se ubicaba una explotación agrícola-ganadera familiar. Interpuesto juicio en ejecución del contrato de apertura de crédito, con fecha de 24 de abril de 1991, *Ibercaja* no pudo trabar embargo sobre los bienes de don Manuel A. M. y doña Pilar G. E. Posteriormente, la entidad bancaria interpuso acción de revocación de las donaciones, por haber sido celebradas en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el matrimonio demandado. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

24. Cláusula penal. Concepto.—La cláusula penal fue definida en la clásica sentencia de 8 de enero de 1945 como «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor»; y más tarde, la sentencia de 16 de abril de 1988 definió la cláusula penal como «obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual».

Función de liquidación de los daños.—Aplicando los artículos 1152 y 1153 CC, es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal —aparte de su función general coercitiva— es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; sólo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal. La sentencia de 8 de junio de 1998 dice, en este sentido: «El artículo 1152 CC autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios». (STS de 12 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares, S. A.*, compró unas «cajas de mecanismos para un determinado carro de combate» a la empresa *Artes Mecánicas, S. A.* El contrato de compraventa incluía una cláusula del tenor siguiente: «penalidades: el incumplimiento de los plazos de

entrega fijados en este pedido facultará a la *ENSB* a exigir una penalidad a razón del 1 por 100 del importe de cada entrega, por semana o fracción de semana de retraso sobre el plazo de entrega contractual sin franquicia en el tiempo y con un tope máximo del 10 por 100 del importe total del pedido». La vendedora cedió una parte del crédito que tenía frente a la entidad compradora, al parecer en pago de sus deudas (cfr. art. 1175 CC). *Artes Mecánicas, S. A.*, y las empresas cesionarias de parte del crédito interpusieron demanda de reclamación de cantidad contra la empresa compradora. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la entidad *Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares S. A.*, al pago de la cantidad pendiente de pago del precio de la compraventa. Interpuesto recurso de casación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, en el sentido de aplicar la cláusula penal transcrita en su cuantía máxima. (*J. M. B. S.*)

25. Cláusula penal. Inaplicación al subcontratista cuando el contratista no ha sido penalizado por el dueño por el retraso en la terminación de la obra.—Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que si bien la interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de la instancia, el resultado hermenéutico por éstos obtenido puede, sin embargo, ser sometido a esta revisión casacional, cuando con el mismo se llegue a conclusiones absurdas o ilógicas, siendo éste el supuesto aquí contemplado, como pasamos a razonar. En sede de doctrina general, en todo contrato de arrendamiento de obra, la ya típica cláusula penal, de uso tan frecuente, que consiste en la fijación del pago, por el contratista de una sanción pecuniaria por cada día de retraso en el plazo pactado de terminación de la obra, está concebida, obviamente, en favor del dueño de la obra para compensarle de los perjuicios que le ocasione el retraso en la entrega de la misma ya totalmente terminada. La cláusula penal objeto del proceso al que se refiere este recurso no puede tener la aplicación automática que corresponde (una vez producido el retraso que la condiciona) a la típica cláusula penal al principio indicada en sede de doctrina general, y ello no sólo porque en la carta de *TECSA* a *ENSIDESA*, de fecha 29 de septiembre de 1989 se dice expresamente: «E) Penalización: La penalización será proporcional a la que tiene *TECSA*», sino también porque, aunque no existiera tal documento, la entidad *TECSA*, al ser la contratista, no puede sufrir, por el retraso en la terminación, el perjuicio que afecta al dueño de la obra (ya que no lo es), sino que única y exclusivamente puede considerarse perjudicada en la medida en que se vea penalizada por un retraso en la terminación de la obra, que no le sea imputable a ella (como contratista), sino a un subcontratista de la misma. Como en el presente supuesto litigioso aparece plenamente probado que la entidad *TECSA* no ha sido penalizada por el dueño de la obra, por retraso en la terminación de la misma, ni por ningún otro concepto, es evidente que no puede ella pretender la aplicación a *ENSIDESA* de la cláusula penal litigiosa por un supuesto perjuicio que no ha tenido. Ello aparte de que si se accediera a la aplicación de la cláusula penal litigiosa en favor de *TECSA*, como contratista, sin haber sufrido ella penalización alguna, por parte del dueño de la obra, por retraso en la terminación de la misma, ni por ningún otro concepto, se estaría viabilizando un evi-

dente y totalmente recusable enriquecimiento injusto en favor de la referida contratista. (STS de 28 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 12 de febrero de 1990, *TeCSA, Empresa Constructora, S. A. (TECSA)*, subcontrató con la *Empresa Nacional Siderúrgica, S. A. (ENSIDESA)*, la realización de una parte de las obras de ampliación de la Feria Internacional de Muestras de Bilbao. La cláusula cuarta del subcontrato establecía la forma de pago de la contratista *TECSA* a favor de la subcontratista *ENSIDESA* en los términos siguientes: «Mensualmente se expedirá una certificación relativa a los trabajos ejecutados en ese período de tiempo... Una vez aprobadas las certificaciones por *TECSA*», en un plazo máximo de cinco días desde su presentación, éstas serán abonadas de la siguiente forma: a) El 95 por 100 de su importe mediante letras de cambio... b) El 5 por 100 restante queda pendiente de pago, hasta la recepción provisional de la obra (con un tope máximo de seis meses de la terminación de los trabajos) para responder de la buena calidad de los trabajos realizados, o de aquellos pagos que *TECSA* hubiere de realizar solidaria o subsidiariamente por no haberlos efectuado el subcontratista...». Y la cláusula decimotercera del subcontrato preveía distintas penalizaciones para el caso de incumplimiento de los plazos acordados imputable a la subcontratista *ENSIDESA*: «Si a partir de una carencia de dos semanas de los hitos establecidos en el Plan de Obras: a) *ENSIDESA* no ha puesto los medios necesarios para recuperar y cumplir los plazos, *TECSA*, podrá poner los medios que estime conveniente para dicho cumplimiento, siendo todos los cargos que origine a cargo de *ENSIDESA*; b) *TECSA* podrá no poner ningún medio y penalizar con aplicación de una multa de 1.000.000 de pesetas/día a partir de dicha fecha, con un límite del 5 por 100». *ENSIDESA* interpuso demanda de reclamación de pago del cinco por ciento (5 por 100) del importe total de la obra subcontratada, retenido conforme al apartado b) de la cláusula cuarta del subcontrato, contra la empresa contratista *TECSA*. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia recurrida en apelación y estimó la reconvencción formulada por *TECSA*, condenando a *ENSIDESA* a abonar la suma de 1.125.000 pesetas más los intereses legales, resultante de la diferencia entre la cantidad correspondiente a la aplicación de la cláusula penal pactada en la estipulación decimotercera (90.428.134 ptas.) y la cuantía del cinco por ciento (5 por 100) del importe total de la obra subcontratada pendiente de pago (89.303.134 ptas.). El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la subcontratista *ENSIDESA* y confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (J. M. B. S.)

26. Efectos retroactivos de la resolución contractual. Alcance de la deuda de intereses. Inexistencia de iliquidez en la cantidad debida.—El único motivo del recurso, al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 LEC, se formula así: «por infracción de los artículos 1100 y 1108 CC cuya aplicación indebida determina la inaplicación del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Entiende en el desarrollo que, aunque no lo diga expresa-

mente, aplicó la Audiencia el artículo 1100 CC y que erró al considerar «que para la fijación del importe de la cuantía a devolver en concepto de precio de la opción no ha sido necesario el pleito que sólo lo ha sido para establecer si el abandono de la opción y la consiguiente devolución de su precio se ajusta o no a lo estipulado sentado (*sic*), en consecuencia, que, no existiendo iliquidez en la cuantía, los intereses legales deben abonarse desde la fecha de la interpelación judicial», con olvido, sigue diciendo, de que, al no intervenir un tercero, cual señalaba el contrato, sólo con el juicio podía saberse si había obligación de devolver y si la devolución había de ser total o parcial. El motivo tiene que ser desestimado, debiendo recordarse a la hoy recurrente que, a todo lo largo de su contestación a la demanda, defendió que lo pactado en la cláusula cuarta del contrato constituía una causa de resolución que, de concurrir, haría desaparecer el contrato de opción, devolviendo cada parte lo recibido, y que H. H. había renunciado al ejercicio de dicha opción el 28 de diciembre de 1989 reclamando el precio, abundando en dicha resolución Juzgado y Audiencia. Lo que antecede significa que entra en juego la doctrina jurisprudencial establecedora de que la resolución puede ejercitarse ya en vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración resolutoria se impugna por la otra parte quede sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar en definitiva bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho, siendo lo primero lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa; y la resolución lleva inherente la retroacción, en virtud de la cual ha de volverse al estado jurídico preexistente, para que no queden en beneficio de un contratante las prestaciones recibidas del otro antes de la resolución, pues el retorno al estado anterior no quedaría logrado sin el reintegro del valor de las prestaciones aportadas por razón del contrato (la cosa con sus frutos, en su caso, y el precio con sus intereses). Quizá por cuanto se ha razonado, la Audiencia debió aclarar por qué concedió los intereses sólo desde la interpelación judicial y no, como se le pedía por H. H., desde el 28 de diciembre de 1989, problema que ha quedado radiado (*sic*) al recurrir en casación solamente I. D. E., con aquietamiento de H. H. a lo fallado. En definitiva: producida la resolución *ope legis*, en cuanto concurre la circunstancia que la fundamenta, sin necesidad de que lo declare un Tribunal, siquiera sea necesario cuando alguien se oponga a ello y declarada bien hecha la resolución, sus efectos se producen *ex tunc*, no *ex nunc*, y acreditada la interpelación judicial con concesión de intereses desde ella, en modo alguno puede decirse que se infringen los preceptos citados en perjuicio del condenado a su pago, porque la vuelta de las cosas a su estado primitivo, como si el contrato no hubiera existido, requiere la devolución del precio con sus intereses, ya que de ellos disfrutó el obligado a devolver, todo lo cual implica que no puede mantenerse que los intereses son sólo desde la fecha de la sentencia de primera instancia, cual se pretende en el recurso; no es así: desde la interpelación judicial se deberán los intereses legales del artículo 1108 CC sustituidos desde la sentencia de primera instancia por los del artículo 921, párrafo cuarto, LEC. (STS de 23 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 29 de septiembre de 1989, *Inversiones y Desarrollo Energético, S. A.*, (I. D. E.) e *Hidro Holding, S. A.*, (H. H.) celebraron un contrato mediante el que la primera atribuyó a la segunda la opción de comprar, en un período de tres meses, cuatro concesiones administrativas de aprovechamiento hidroeléctrico. El precio de la opción a pagar por parte de H. H. a I. D. E. era

de 15.750.000 pesetas; cantidad que, en su caso, debería integrar una parte del precio total de la compraventa. Ese contrato incluía la siguiente cláusula: «Será causa de abandono total o parcial de la opción dando lugar a la devolución total o parcial de su precio, el que concurra una de las siguientes causas: 1) Se aprecien diferencias superiores a un veinticinco (25) por ciento entre la estimación que H. H. lleve a cabo de la relación inversión/producción, para cada salto y la que se desprende de los datos que, para cada uno de los saltos, se indican en la manifestación 1 de este contrato previa la debida actualización de las cifras de inversión indicadas en dicha manifestación. Caso de que I. D. E. no esté conforme con la estimación realizada por H. H., se someterá a dictamen de un tercero, elegido de común acuerdo, la estimación de la inversión y la producción para cada salto, comprometiéndose ambas partes a aceptar el resultado de dicho dictamen». Con fecha de 28 de diciembre de 1989, I. D. E. recibió una carta por la que la empresa beneficiaria de la opción H. H. le comunicaba la existencia de una desviación de más de un 25 por 100 en las previsiones de I. D. E. respecto a inversión/producción. Interpuesta demanda por H. H., el día 10 de abril de 1992, el Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato con pacto de opción de compra y condenó a la empresa concedente de la opción I. D. E. a devolver el precio de la misma (15.750.000 ptas.) a H. H., sin admitir la procedencia del pago de intereses de demora desde el día 28 de diciembre de 1989, por haberse necesitado un juicio para determinar la exigibilidad de esa cantidad. Interpuesto recurso de apelación por el concedente de la opción, al que se adhirió la empresa H. H., la Audiencia Provincial condenó a I. D. E. al abono de intereses legales de la cantidad correspondiente al precio de opción de compra devengados desde la interpelación judicial. A propósito de la demanda, la Audiencia establece que en ella «se hacen diversas peticiones siendo estimada íntegramente aquella que insta la resolución de la opción y la devolución del precio pactado por ella, cantidad cierta y determinada para cuya fijación no se ha hecho preciso el pleito sino precisamente para establecer si el abandono de la misma y consiguientemente su resolución se ajustaba o no a lo estipulado y, en consecuencia, no existiendo iliquidez en la cuantía los intereses legales deben abonarse desde la fecha de interpelación judicial». El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa I.D.E. (J. M. B. S.)

27. Preferencia de los acreedores quirografarios ex artículo 1924.3.º CC. Fecha que ha de tenerse en cuenta cuando ha recaído sentencia de remate.—Es doctrina de esta Sala (SS de 3 de noviembre de 1989, 9 de julio de 1990 y 29 octubre de 1991), que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aun cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe aquella certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura, y no a la de la sentencia, para resolver el conflicto preferencial.

Equiparación a las escrituras públicas de las pólizas intervenidas por corredor de comercio colegiado o por agente de cambio y bolsa.—Respecto al apartado a) del artículo 1924.3.º, las escrituras públicas de que habla deben equipararse a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio o Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1218 CC, 93 CCO y 596 LEC.

Exigibilidad del crédito.—La preferencia a que se refiere el apartado 3.º del artículo 1924 CC es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos, referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación y fijación o determinación del saldo deudor, y estas consideraciones se encuentran en línea con la doctrina consolidada de la Sala (SS de 3 de noviembre de 1989, 9 de julio de 1990, 4 de julio de 1989 y 20 de septiembre de 1991).

Relevancia de la fecha del documento.—Como tiene declarado la jurisprudencia, no es el crédito en sí lo que concede el privilegio sino la circunstancia de aparecer reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en escrituras, pólizas y sentencias y, concretamente, si es quirográfica su preferencia, o sea, su mejor o peor rango frente a otros créditos de la misma naturaleza, vendrá fijada en relación a la fecha de los documentos en que, respectivamente, tenga reflejo, sin deber intervenir en la naturaleza jurídica del crédito, cuya preferencia se discute, otros rasgos del mismo (S de 3 de noviembre de 1989).

Preferencia del crédito derivado del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.—Es cierto que no existe razón de identidad o analogía alguna entre el contrato de préstamo y el arrendamiento financiero en el que la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario. Ahora bien, ello no es obstáculo para que no sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial recaída en orden al momento a tener en cuenta para determinar la preferencia de créditos con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de una póliza de préstamo con los nacidos de una póliza de crédito. En el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma de la póliza aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización en plazos. En consecuencia, ha de estarse para resolver el conflicto preferencial planteado a las fechas de las pólizas de arrendamiento financiero en que se apoya la demanda de tercera formulada, anteriores a la fecha de liquidación de la póliza de crédito de la que nace el derecho del banco codemandado y a la fecha de la propia póliza de crédito.

Determinación de la preferencia entre pólizas de préstamo y pólizas de crédito.—Lo determinante en la doctrina jurisprudencial no es la naturaleza o calificación jurídica del contrato sino la circunstancia de que en el préstamo, la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de suscripción de la póliza intervenida por Corredor de Comercio y

ello aunque se hayan establecido plazos de amortización parcial, en tanto que en las pólizas de crédito, tratándose de una obligación condicionada a la efectiva utilización del crédito y cuyo pago se produce en razón al saldo negativo que arroje la dinámica dispositiva de la cuenta, lo que exige la necesaria liquidación para su fijación contable, en cuyo momento el crédito resulta exigible, alcanza autenticidad indubitada, operando la fecha de determinación del saldo resultante, como la decisiva a efectos de oponer su preferencia a otro título concurrente (S de 13 de marzo de 1995).

Jurisprudencia. Concepto.—Ha de hacerse notar la improcedencia de citar, como formando jurisprudencia, sentencias de las Audiencias Provinciales pues sabido es que, de acuerdo con el artículo 1.6 CC, sólo constituyen jurisprudencia las sentencias del TS. (**STS de 9 de noviembre de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—*Taquima, S. A.*, había celebrado cuatro contratos de arrendamiento financiero o *leasing* con *Lico Leasing, S. A.* Estos contratos se documentaron en pólizas intervenidas por Corredor de Comercio con fecha de 30 de septiembre, 17 y 30 de octubre de 1988. Por su parte, el *Banco Popular Español, S. A.*, celebró un contrato de apertura de crédito con *Taquima, S. A.*, que se documentó en póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio, de fecha 19 de junio de 1990. Al parecer, *Taquima S. A.* incumplió el contrato que le unía con el *Banco Popular Español*, por lo que éste solicitó la ejecución de la póliza de crédito. *Lico Leasing, S. A.*, ejercitó una tercería de mejor derecho con base en las pólizas del contrato de *leasing*, pero fue desestimada en ambas instancias. Posteriormente interpuso recurso de casación y el TS lo estimó. (A. R. G.)

28. Preferencia de los créditos quirografarios ex artículo 1924.3.º CC. Determinación de la misma entre pólizas de préstamo y pólizas de crédito.—Partiendo de la equiparación, a estos efectos, de las pólizas intervenidas por Corredor Colegiado de Comercio a las escrituras públicas, la constante y uniforme doctrina de esta Sala contempla dos supuestos plenamente diferenciados, que son los siguientes: *a)* cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo del otorgamiento de la póliza, en cuyo supuesto, para resolver cuestiones de preferencia de créditos, habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza y *b)* cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, en cuyo caso la preferencia crediticia ha de venir referida, no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa posterior operación de determinación o concreción del saldo exigible.

Preferencia del crédito derivado del contrato de arrendamiento financiero o leasing.—Correspóndenos determinar en cuál de esas dos vertientes jurisprudenciales ha de incardinarse el supuesto que aquí nos ocupa, en el que uno de los créditos en liza preferencial aparece instrumentado en una póliza de arrendamiento financiero o *leasing*. La respuesta procedente es la de que corresponde su incardinación en la primera de las dos aludidas vertientes jurisprudenciales, pues la sentencia de esta Sala de fecha 9 de noviembre de 1998 (recaída en un caso similar al presente) declara: «En el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde

el momento mismo de la firma de la póliza, aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización en plazos. En consecuencia, ha de estarse para resolver el conflicto preferencial planteado a las fechas de las pólizas de arrendamiento financiero en que se apoya la demanda de tercería formulada...». Con base en esta doctrina, y como quiera que la póliza de arrendamiento financiero es de fecha anterior a la sentencia de remate en que la demandada pretende fundar su pretendido mejor derecho crediticio, es evidente que el conflicto preferencial aquí debatido ha de resolverse en favor de la actora-tercerista.

Irrelevancia de la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*.—Es cierto que no existe razón de identidad o analogía alguna entre el contrato de préstamo y el arrendamiento financiero en el que la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario, ahora bien, ello no es obstáculo para que no sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial recaída en orden al momento a tener en cuenta para determinar la preferencia de créditos con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de una póliza de préstamo con los nacidos de una póliza de crédito. Lo determinante en la doctrina jurisprudencial no es la naturaleza o calificación jurídica del contrato, sino la circunstancia de que, en el préstamo, la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de suscripción de la póliza intervenida por Corredor de Comercio y ello aunque se hayan establecido plazos de amortización (S de 9 de noviembre de 1998).

Alcance de la preferencia.—La preferencia crediticia que establece el artículo 1924.3.º, a) CC ha de entenderse necesaria y únicamente referida al importe del crédito que resulte del título con base en el cual se ejercite el derecho preferencial crediticio, sin que pueda hacerse extensiva a las costas y gastos que se hayan presupuestado para el juicio ejecutivo que el acreedor entable contra el deudor para el cobro del expresado crédito. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—*Lico Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con *Cristalería Basoselay, S. A.*, por el que le cedía el uso de una maquinaria por importe de unos quince millones de pesetas. La empresa de cristalería dejó de pagar sus cuotas mensuales, por lo que la sociedad de *leasing* dio por vencidas todas las cuotas conforme a lo establecido en la póliza del contrato de fecha 26 de noviembre de 1990 e inició contra aquélla y sus fiadores un juicio ejecutivo en que reclamaba el monto de las cuotas pactadas más tres millones de pesetas en concepto de intereses, gastos y costas.

Por su parte, la entidad crediticia *Bilbao Bizkaia Kutxa* solicitó la ejecución judicial de unas letras de cambio impagadas, que habían sido libradas por uno de dichos fiadores y aceptadas por la empresa de cristalería. En dicho juicio ejecutivo recayó sentencia de remate el 4 de febrero de 1991, lo que no impidió a *Lico Leasing, S. A.*, promover una tercería de mejor derecho. Aunque había sido desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao, la Audiencia Provincial de Bilbao la estimó tras recurrir la demandante en apelación. *Bilbao Bizkaia Kutxa* interpuso recurso

de casación que el TS estimó sólo en parte. El fallo de su sentencia confirma a la recurrida al mantener la preferencia del crédito de la tercerista, pero niega que esa preferencia se extienda a los referidos tres millones del importe de las costas y gastos. (A. R. G.)

29. Arras: tendencia restrictiva a configurarlas como penitenciales.—Dice la sentencia de 28 marzo de 1996 que «esta Sala de Casación, en doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, viene señalando que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio» (SS de 28 de septiembre y 24 de diciembre de 1992, 11 de abril y 15 de marzo de 1994, entre otras); lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos, la interpretación de dicho precepto sustantivo llevada a cabo por esta Sala, en razón a su excepcional y exigente interpretación restrictiva del clausulado contractual, viene a sentar que no se trata de derecho necesario; para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados (SS de 4 de noviembre 1991, 3 de octubre de 1992, 11 de diciembre de 1993, 21 de junio de 1994 y 25 de marzo de 1995), pues, en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador —respetando la reglamentación del contrato— ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado. En el caso, ha de mantenerse la interpretación del contrato litigiosa que hace la Sala sentenciadora en la instancia y que el recurrente combate a partir de las palabras impresas del formulario de la agencia inmobiliaria que, como mandataria de los demandados, redactó el contrato, palabras referidas a la existencia de una «reserva» con plazo de vencimiento, expresiones impresas que resultan claramente contradichas por el texto manuscrito y confirmado con los actos coetáneos y posteriores de los vendedores, consistentes en la entrega de la posesión del chalé vendido ya que se hizo entrega de las llaves a los compradores que pasaron a ocupar materialmente el inmueble, actos que suponen la ejecución por los vendedores de su principal obligación cual es la entrega de la cosa vendida, actos que contradicen frontalmente la tesis de la existencia de una «reserva» a favor de los actores.

Abuso de derecho.—No es apreciable un ejercicio abusivo del derecho a pedir la elevación del contrato a escritura pública, según lo pactado, en el comprador que habiendo abonado parte del precio pactado y entrado en posesión de la finca vendida, reclama esa documentación pública ofreciendo el resto del precio, ante la conducta impeditiva y obstructora del vendedor. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa, el comprador don Fernando I. M. interpuso demanda solicitando la condena de los vendedores don Luciano G. G., doña Teresa R. M. e *Inmobiliaria Valdemorillo* a formalizar dicho contrato mediante escritura pública. Don Fernando I. M. se comprometió a pagar la cantidad aplazada del precio convenido en el momento de formalización del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La

Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los vendedores. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

30. Compraventa de inmuebles. Resolución por falta de pago del precio.—«El artículo 1504 CC no requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se malogre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea necesaria una tenaz y persistente resistencia a su observancia (...) de manera que procede la resolución cuando se da un impago prolongado y duradero injustificado, o quede frustrado el objetivo económico-jurídico inherente al contrato» (FD 4.º).

Liquidación.—Las sentencias que condenen a «una indemnización de daños y perjuicios» no precisan «establecer la cantidad líquida (o) las bases de su determinación» si puede hacerse tal concreción «en fase de ejecución de sentencia, previo el desarrollo procesal correspondiente», siempre que aparezcan «elementos suficientes en autos para fijar las bases de la misma» (FD 2.º). (**STS de 4 de marzo de 1999**; no ha lugar.)

HECHOS.—«La entidad mercantil *Promociones M., S. A.* promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre resolución de contrato y otros extremos», a la que la demandada (particulares compradores) formulan reconvencción «en reclamación de liquidación de deuda y requerimiento para aceptación de pago». El Juzgado de Primera Instancia declara resuelto el contrato, «con pérdida del 50 por 100 del precio abonado» como única indemnización, «debiendo los demandados desalojar el inmueble», y procediendo «a la cancelación de la inscripción practicada y las posteriores que pudieran existir». La Audiencia confirma la sentencia, salvo en lo tocante a la cuantía indemnizatoria, que la reduce, y al lanzamiento, que lo subordina a la consignación de la cantidad a devolver por la demandante. (*L. F. L.*)

31. Contrato de arrendamiento financiero o leasing. Doctrina general.—El contrato de arrendamiento financiero (*leasing*), 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 (SS de 26 de junio de 1989 y 28 de noviembre de 1997). Desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta 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, en 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 exclu-

sivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición.

Distinción con otros contratos. En especial, la compraventa de bienes muebles a plazos.—Carente este contrato de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 30 de julio de 1998) 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, la 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 el 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 2.º 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.

Naturaleza arrendaticia del contrato de *leasing*.—La naturaleza jurídica del *leasing* es de arrendamiento con opción de compra (SS de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983, 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990). El arrendamiento aparece claramente por la terminología que se expresa en el contrato, por las tercerías de dominio que con harta frecuencia llegan a esta Sala interpuestas por las entidades de *leasing* que mantienen su postura de propietarios-arrendadores, y se desprende de la propia definición legal que contrapone «la cesión de uso de bienes... a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas»; la opción de compra se añade al arrendamiento por un precio residual, que corresponde al valor de la cosa ya desgastada por el uso.

Causa del contrato de *leasing*.—En el presente caso, como en todo supuesto de *leasing*, la causa del contrato no es la disposición por precio de un capital, sino el cambio de uso de la cosa por precio, a lo que se añade la opción de compra, cambio del derecho de adquirir por un precio. Es decir, no es una operación crediticia sino un arrendamiento de cosa y una opción de compra.

Efectos de la pena convencional en el contrato de *leasing*.—Una vez resuelto, por «arrendador» y «arrendatario», no cabe que el arrendador, *a posteriori*, pretenda resucitar el contrato ya extinguido y exigir una cláusula penal, durísima, con unos criterios, cálculos y cifras que no se conocen, pues no se exponen en la demanda sino que en ésta tan sólo da el resultado de una liquidación hecha por la propia parte demandante. En consecuencia, tan sólo

le es legítimo reclamar los pagos de aquellas cuotas mensuales vencidas antes de la resolución. (STS de 2 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—D. A. F., *Compañía de leasing*, S. A., celebró en noviembre de 1988 un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con don Félix B. P. y doña Encarnación Q. M. En virtud del mismo, la primera cedía en arrendamiento a los segundos un camión de la marca D. A. F., por un período de tiempo que la sentencia no especifica, al final del cual podían ejercitar una opción de compra sobre el mismo por su valor residual. El contrato contenía una cláusula según la cual la sociedad de *leasing* se reservaba el derecho a dar por resuelto el contrato por incumplimiento de la otra parte, mediante notificación por escrito. Además, se preveían dos cláusulas penales. Por un lado, la parte arrendadora tenía derecho a retener las cantidades cobradas, así como a reclamar el pago de las vencidas y no satisfechas en concepto de compensación por el uso del vehículo, y a exigir el pago del 50 por 100 de las sumas no vencidas menos el valor residual, en tanto no se le restituyese el vehículo. Por el otro, se estipulaba que el retraso en la devolución daría derecho a la arrendadora a percibir una indemnización de 15.000 pesetas diarias a contar desde el día siguiente al de la fecha en que la devolución debía efectuarse.

La parte arrendataria dejó de pagar las cuotas mensuales en abril de 1989, aunque luego abonó las de mayo, junio y agosto. Desde octubre de 1989, el camión estuvo aparcado en los talleres de D. A. F., *Las Palmas*, S. A., por un período de seis meses. En abril de 1990, las partes acordaron resolver el contrato.

La sociedad arrendadora interpuso demanda de reclamación de cantidad contra la otra parte, por un total de casi dieciséis millones de pesetas y según una liquidación realizada por aquélla siguiendo los criterios establecidos en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid estimó parcialmente la demanda y condenó al deudor al pago de 1.125.000 pesetas, que era el monto de las cuotas impagadas hasta la resolución del contrato. La demandante recurrió esta sentencia en apelación. La Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia apelada por entender que el contrato de *leasing* presenta una gran proximidad al contrato de préstamo mercantil. Partiendo de esta base, la Audiencia configuró la cláusula descrita como penal, la moderó conforme al artículo 1154 CC y condenó a la parte arrendataria al pago de una suma de diez millones de pesetas. Los demandados recurren en casación. El TS estima el recurso y deja sin efecto a la cláusula penal.

NOTA.—Destaca el argumento esgrimido por la sentencia para desactivar la pena convencional, basado en la pretendida naturaleza arrendataria del contrato de *leasing*. Frente a ello, quizás debió haberse entendido con mejor criterio que la admisión de la pena es independiente de la naturaleza jurídica de la relación obligatoria constitutiva (arg. art. 1152.I CC; conforme, Julio Gavidia Sánchez, en su comentario a esta sentencia en *CCJC* 50, 1999, núm. 1360, pp. 623-627). En cuanto al reparo de que el ejercicio de la acción de cumplimiento de la cláusula penal implica una *resurrección* del contrato, parece conveniente recordar que la cláusula penal sobre-

vive a la resolución (cfr. art. 1155.II CC; véase Antonio Cabanillas Sánchez, *Comentario CC*, T. II, com. art. 1155 CC, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 161-162, y Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 508). Una solución fundada en la aplicación de la facultad moderadora *ex* artículo 1154 CC tal vez hubiese sido más ajustada al conflicto de intereses subyacente. (A. R. G.)

32. Donación de inmuebles disimulada bajo la forma de escritura pública de compraventa. No hay expresión de una causa falsa en el contrato.—El donante no actúa ilícitamente, cuando favorece a algunos de sus hijos, tanto más cuanto que por vía de herencia puede hacerlo, incluso frente a los legitimarios dentro de ciertos límites, máxime si se tienen en cuenta las prevenciones legales sobre la «inoficiosidad» de las donaciones (art. 636 en relación con el art. 1035 CC). Lo que no cabe es anticipar durante la vida de los futuros causantes, aquellos efectos, puesto que los hijos en cuestión, supuestamente perjudicados, no son herederos testamentarios, ni forzosos, en tanto no fallezcan aquéllos en atención a que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» (art. 657 CC) y es, en este momento, cuando se puede determinar quiénes son los herederos.

Validez de la donación remuneratoria disimulada.—La validez de las donaciones encubiertas, bajo la forma de compraventa, como reconoce la sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1989, «ha dado lugar a soluciones divergentes no sólo en la doctrina científica sino también en la jurisprudencia y así mientras numerosas sentencias reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa —SS de 19 de enero de 1950, 31 de enero de 1955, 2 de junio de 1956, 16 de octubre de 1965, 31 de mayo de 1982 y 19 de noviembre de 1987—, otras resoluciones —SS de 29 de enero de 1945, 15 de enero de 1959, 13 de mayo de 1965 y 6 de octubre de 1977— han negado validez para la donación en escritura de venta; por ello, para resolver este problema jurídico han de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso». En el caso, la cuantía del precio, que, aunque notablemente inferior al real de los bienes, no puede calificarse de simbólica, y la naturaleza, así mismo, remuneratoria de la donación, que compensa servicios prestados por la hija y su marido, encargados de atender a sus padres, los donantes, en la última enfermedad; el previo arriendo de los donatarios de la finca vendida y la previa existencia de una opción de compra, en favor de los mismos, duradera hasta el año 1999, que, obviamente, se extinguió en virtud del contrato litigioso, junto con las dificultades interpretativas que comporta el artículo 622 CC, determinan, de acuerdo asimismo con la expresada sentencia que se consideren concurrentes todos los requisitos necesarios para la eficacia de la expresada donación. Como sostiene la sentencia de 9 de mayo de 1988, «si bajo el negocio simulado, existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente; yerra por tanto el recurrente, al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando lo que el notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el notario estaba autorizando un contrato de donación». En el caso aparecen cumplidas las exigencias formales del artículo 633 CC invocado como infringido, al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las

mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores, que comparecieron personalmente al otorgamiento de las escrituras; todo ello sin perjuicio de la posible inoficiosidad de las referidas donaciones por aplicación del artículo 636 CC y la obligación de colacionar los bienes por los donatarios que resulten ser herederos forzosos del donante de acuerdo con los artículos 1035 y ss. CC. (STS de 30 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ángel L. J. interpuso demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad por simulación absoluta del contrato de compraventa de un inmueble celebrado por doña Dolores J. M. y don Juan L. G. con sus hijos doña Dolores L. J. y don Hilario P. L. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el citado inmueble formaba parte del caudal relicto de los causantes doña Dolores J. M. y don Juan L. G. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los donatarios doña Dolores L. J. y don Hilario P. L. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

33. Caducidad de la acción de retracto. *Dies a quo* en enajenación forzosa.—«La doctrina de esta Sala es que el *dies a quo* a partir del que se puede comenzar a contarse el plazo de caducidad es el de consumación de la compraventa (que), si se hace por Auto de adjudicación en subasta judicial, (...) se produce por la entrega a la parte del testimonio del Auto: así la sentencia de esta Sala de 1 de septiembre de 1997 (...) declara (...) que “la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 del Código civil”» (FD 2.º). (STS de 7 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—«Ejercitada acción de retracto por (el aparcerero) de una determinada finca, (...) al amparo del artículo 118 LAR al haber sido aquélla objeto de ejecución hipotecaria (...), la sentencia de primera instancia, (...) confirmada por la Audiencia (...), estimó la demanda dando lugar al retracto».

NOTA.—No se plantea la sentencia si el aparcerero tiene derecho a personarse en el procedimiento del artículo 131 LH como tercer poseedor (lo que admite como situación de hecho no controvertida), ni si existe obligación de comunicársele la ejecución. (L. F. L.)

34. Responsabilidad decenal. Acción para exigirla. Plazo de caducidad seguido de prescripción.—«El artículo 1591 CC establece una especial responsabilidad derivada del contrato de obra (...) que se da si la ruina tiene lugar en un plazo de caducidad de diez años desde que concluyó la construcción; una vez producidos los vicios ruinógenos en este plazo, comienza el plazo de prescripción para ejercitar la acción de reclamación, que es de quince años (art. 1694 *in fine* CC): así las SS de 15 de octubre de 1990, 14 de febrero y 15 de octubre de 1991, 4 de noviembre de 1992, 6 de abril de 1994 (...), 7 de febrero de 1995, (y) 17 de septiembre de 1996» (FD 4.º).

Responsabilidad decenal. Solidaridad.—«La responsabilidad *ex artículo* 1591 CC viene regida por la solidaridad, siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que la conducta de cada uno ha sido determinante de los vicios ruinógenos. Así SS de 27 de septiembre y 17 de octubre

de 1995, 26 de febrero, 21 de marzo y 15 de octubre de 1996, 22 de marzo, 29 de mayo, 5 de julio, 3 de septiembre y 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo y 8 de junio de 1998». (STS de 28 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Producido el desplome de una fachada, la comunidad de propietarios del edificio interpone demanda en reclamación de daños y perjuicios al amparo del artículo 1591 CC contra el constructor-promotor, el arquitecto y el aparejador, solicitando la condena solidaria a «indemnizar a la actora todos los gastos por las obras de reparación de la fachada, en la cuantía que resulten tasados y se acrediten en ejecución de sentencia, más los intereses legales que corresponda aplicar al tiempo de hacer efectivo su importe» y costas. La sentencia estimatoria de estos pedimentos es confirmada íntegramente en apelación. (L. F. L.)

35. Comunidad de propietarios. Legitimación activa de su Presidente.—Frente a las excepciones interpuestas de los núms. 2.º y 3.º del artículo 533 LEC (por pedirse en la demanda y por el Presidente de la comunidad de propietarios, en representación de ésta, más de lo que contenía el acuerdo de la correspondiente Junta) debe señalarse que «el artículo 12 en relación al 13 de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza y atribuye legitimación activa a los presidentes para litigar, actuando como órgano del ente comunitario en defensa de sus intereses, al sustituir la voluntad social con la suya individual (SS de 22 de marzo y 12 de abril de 1993, 20 y 31 de diciembre de 1996). La excepción (del artículo 533.2.º LEC) sólo procedería cuando la parte actora hubiera litigado atribuyéndose cualidad, condición, cargo o representación que se demuestre no le correspondía (SS de 30 de octubre de 1978 y 9 de abril de 1996), que no es el caso de autos (...). Corresponde al presidente autorizado otorgar los poderes a Procuradores, que resultan válidos incluso cuando cambia la persona del presidente con posterioridad (SS de 16 de julio de 1990, 8 de enero de 1992 y 9 de diciembre de 1996)», y bastando que obre «en el ámbito de las facultades delegadas por los copropietarios», esto es, en protección del interés que motivó el acuerdo de la Junta, no requiriéndose la fijación de todos los elementos de la reclamación en dicho acuerdo. En cualquier caso, «se trata de defecto subsanable» (FD 1.º).

Litisconsorcio pasivo necesario. Es apreciable de oficio.—«El cauce que le corresponde es el 3.º y no el 4.º del artículo 1692 LEC, lo que ya ocasiona su decaimiento; sin embargo ha de llevarse a cabo su estudio al ser apreciable de oficio (SS de 5 de marzo de 1991 y 25 de febrero de 1992)» (FD 2.º).

Litisconsorcio pasivo necesario. No es estimable en el ejercicio de la acción del artículo 1591 CC.—«Al demandarse correctamente sólo a la entidad que recurre (SS de 1 de junio de 1994 y 22 de junio de 1996), y sin perjuicio de las acciones que a ésta le puedan asistir contra los técnicos» (FD 2.º).

Defectos en la construcción. Sustitución de materiales con respecto al proyecto. Responsabilidad exclusiva del constructor-promotor, por incumplimiento.—«Las modificaciones (...) en la calidad de los materiales empleados y su sustitución por otros inferiores (obedece a la) unilateral decisión (de la constructora-promotora), con independencia de las relaciones de (ésta con) los técnicos (...). Ésta fue la ejecutora material y la que celebró los contratos de venta (...), por lo que ha de responder en los términos de los

artículos 1096, 1097, 1098 y 1101 CC, en relación al 1445. Se trata (...) de sustitución de materiales y no (de) defectos en la construcción y vicios ruinógenos, por lo que evidentemente se está ante situación jurídica de incumplimiento contractual, como declaró la S de 27 de mayo de 1996, al haberse entregado cosa distinta de la pactada (*aliud pro alio*)» (FD 2.º).

Compraventa de vivienda sobre plano. Deberes de información. Carácter de consumidor de los adquirentes.—«El constructor-promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución y a su vez cumplir con el deber de suministrar las informaciones que establece el Real Decreto de 21 de abril de 1989, para la venta de inmuebles—cuyos adquirentes tienen la condición de consumidores o usuarios, conforme al artículo 1.2 de la Ley 26/1984, y en particular respecto a las condiciones, características y utilidad de las viviendas e incluso sobre los materiales empleados en su construcción (...) La publicidad ha de reputarse integrada en los contratos, (véase) en este sentido la sentencia de 8 de noviembre de 1996 y las que cita». Esta modalidad de compraventa se basa especialmente «en la buena fe de la vendedora» (FD 5.º).

Compraventa de vivienda sobre plano. Facultades de modificación del proyecto del constructor-promotor. No debe producir merma funcional.—Es habitual que en este tipo de contratos «los compradores (autoricen al constructor-promotor), durante la ejecución de las obras, a realizar modificaciones del proyecto inicial del edificio»; y, en ocasiones, como es este supuesto «siempre que no se alterase la superficie del piso, se contase con la conformidad del Arquitecto-Director de la obra y se obtuviese la correspondiente autorización oficial (...) La calificación de abusiva (de dicha cláusula...) resulta procedente», por estar redactadas por la promotora, porque «sólo satisface sus intereses», y, finalmente, porque «conculca el artículo 1256 CC, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminasen toda posible situación de efectiva merma funcional» (FD 5.º). (STS de 4 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Varias comunidades de propietarios, constituidas conforme a la Ley de Propiedad Horizontal demandan al constructor-promotor común de todas ellas en solicitud, entre otros extremos, del «importe de las modificaciones y sustituciones que han sufrido los materiales empleados en los pisos y porches, según los proyectos iniciales que obran visados en el (correspondiente) Colegio Oficial de Arquitectos»; y la condena a la realización de las instalaciones «que se describían en los proyectos iniciales y que fueron sustituidos por una sola instalación para todos los bloques». (L. F. L.)

36. Responsabilidad profesional. Abogados.—La pérdida de la oportunidad procesal supone un daño indemnizable *ex* artículo 1101 CC. La exclusión de esta responsabilidad requiere comunicación al mandante. Debe distinguirse «la falta de relevancia de un determinado índice de valoración del daño producido con la inexistencia de los daños mismos». En este sentido «la simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso como extraordinario confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación (si no existen) excusas justificadas sobre la no interposición del

recurso, comunicadas a tiempo a la otra parte contratante (...) El criterio de la prosperabilidad del asunto sometido (o que hubiera debido someterse) a decisión judicial, (...únicamente) puede proporcionar una pauta de valoración de los eventuales daños», tratándose, además, de un «índice o pauta orientativa no (...) exclusivo» (FD 2.º). (STS de 26 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—«Perfeccionado entre el actor (recurrente) y el demandado (recurrido) un contrato de arrendamientos de servicios (...) consistente en que éste, en su calidad de Abogado, aceptó el encargo de interponer un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por el orden jurisdiccional laboral (...), incurrió en la culpa o negligencia que le imputa el recurrente en el desempeño de sus deberes profesionales al no interponer el recurso de revisión a que se había comprometido».

NOTA.—Es de apreciar la coherencia de esta sentencia con la línea jurisprudencial que considera que todo incumplimiento contractual genera un daño (véase el extracto, en este mismo número, de la STS de 31 de diciembre de 1998), frente a las que entran a analizar si existe o no daño en función de la prosperabilidad del recurso no interpuesto o de la acción no ejercitada. (L. F. L.)

37. Subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa.—«Es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio, la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquélla reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria». (STS de 19 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora exige como compradora una indemnización por los daños y perjuicios causados por los vendedores de un local hipotecado al no hacer mención alguna de la existencia de la hipoteca. El daño se produce efectivamente por la ejecución de la hipoteca. Los compradores pudieron conocer de su existencia por la publicidad registral, al inscribir su compra. A pesar de que el caso entra bajo el supuesto de hecho del artículo 1483 CC, la parte ahora demandante no ejercitó la correspondiente acción en su momento. Sin embargo, en primera instancia se condenó a los demandados aplicando la doctrina del enriquecimiento sin causa. La Audiencia revocó parcialmente la anterior, en lo relativo a las costas procesales. En casación, hubo lugar al recurso, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. (C. J. D.)

38. Acción civil derivada de delito no reservada: sentencia penal condenatoria; cosa juzgada: doctrina general.—Es doctrina reiterada que cuando la acción civil no ha sido reservada dentro de la causa criminal, o ésta ha terminado por sentencia absolutoria, o no ha sido sobreseída, el ofendido por el delito no puede ejercitar en procedimiento distinto una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno, ya que no le es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción; criterio que recoge la STS de 8 de junio de 1970 que insiste en

que ejercitada la acción penal se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiere lugar (arts. 11 y 12 LECr); en el presente caso es evidente que se ejercitó la acción civil conexas con la penal, por lo cual es de apreciar la excepción de cosa juzgada. (STS de 9 de diciembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—En un juicio penal por accidente, el Médico Forense omitió hacer constar en el parte de alta la existencia de secuelas, a cuya indemnización no se condenó consecuentemente en la sentencia penal firme, y cuyo importe se reclama ahora en proceso civil posterior. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar la excepción de cosa juzgada, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente aquélla. La sentencia extractada estima el recurso interpuesto por la entidad aseguradora, confirmando la de primera instancia con base en la conocida doctrina de que al orden jurisdiccional civil no incumbe subsanar errores, o suplir omisiones que hayan podido cometerse en otras jurisdicciones. Un reciente planteamiento general de las relaciones entre la responsabilidad extracontractual y la llamada responsabilidad civil derivada de delito, en Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid 1999, pp. 269 y ss. con amplia cita de opiniones doctrinales.; en obras generales, Rivero Hernández, en Lacruz, *Elementos*, nueva ed., II-2.º, Madrid, 1999, pp. 458 y ss. Tema doctrinalmente abierto, si bien el legislador ha dejado pasar la oportunidad de acometer su reforma al elaborarse el Código Penal de 1995. (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: accidente de trabajo con lesiones corporales: competencia de la jurisdicción civil.—Se reitera la doctrina de que la competencia civil no la impide el hecho de que entre los litigantes medie relación laboral, pues se da la compatibilidad de las indemnizaciones que pueden corresponder por accidente de trabajo y las que puedan dimanar de actos encuadrables en culpa extracontractual; la reciente STS de 13 de julio de 1998 ha rechazado los motivos que acusaban exceso jurisdiccional, con infracción de la doctrina mantenida por la Sala especial de conflictos de competencia del TS, al no estar vinculada esta Sala más que por el imperio de la Ley y por su propia interpretación. En el presente caso, la mencionada doctrina reiterada de la Sala 1.ª obliga a casar la sentencia recurrida por incidir claramente en defecto en el ejercicio de la jurisdicción, dado que no hay duda de que se ejercitó la acción por culpa extracontractual o aquiliana, supuesto claramente diferenciable de aquellos otros en que sólo se alude a la reclamación contractual entre las partes.

Efectos de la estimación del recurso por defecto de jurisdicción.—Las SSTs de 2 de junio de 1989 y 26 de marzo de 1991, han declarado que en los casos de defecto de jurisdicción no cabe remitir a las partes a otro orden jurisdiccional, pues ya acudieron al órgano correspondiente, pudiendo actuar el TS como Sala de instancia una vez acogido el motivo; pero esta regla general no parece aconsejable en el caso de autos, pues, sobre haber conocido la Audiencia únicamente de una de las excepciones procesales planteadas por la apelante, al acogerla dejó de conocer —aunque la rechace en el fallo— de la adhesión al recurso del actor, extremo por el cual han de devolverse las actuaciones, para que no quede suprimido de hecho el de quien consigue

casar la resolución absolutoria en la instancia dictada por dicha Audiencia, implicando tal devolución que como órgano competente, dicte otra sentencia partiendo de tal extremo, pero con absoluta libertad como Sala de apelación, resolviendo si hay sólo culpa de la empresa, sólo de la víctima o concurrencia de culpas, previo examen del resto de las excepciones que se plantearan. (STS de 30 de noviembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—La petición de indemnización por daños corporales (pérdida del ojo izquierdo) derivados de accidente de trabajo excedía de veinte millones de pesetas siendo parcialmente estimada por el Juzgado de Primera Instancia que condenó únicamente al pago de cuatro millones y medio. Pero la Audiencia Provincial estimó la excepción de falta de jurisdicción, absolviendo de la instancia. Ahora el TS, en ponencia de Fernández-Cid de Temes, vuelve atrás del cambio significado por sentencias de la Sala 1.ª de 24 y 26 de diciembre de 1997 y 10 de febrero de 1998, que habían acogido el criterio de los Autos de 1993 y 1994 de la Sala de Competencias del TS. Ciertamente esta reafirmación de la propia competencia presupone realizar una clara diferenciación en el fundamento jurídico que se invoca por el actor, pues si la demanda se basa en la relación contractual y en la violación de las normas sobre seguridad en el trabajo, la Sala 1.ª declinará de oficio la jurisdicción en favor de la social. Por otra parte, en este caso, en la excepcional remisión de los autos a la Audiencia Provincial para que emita fallo, se cuida de delimitar el ámbito en el que aquélla ha de fallar: «sólo culpa de la empresa, sólo de la víctima o concurrencia de culpas»; en particular, al haber recurrido en apelación la parte actora, deja abierta la posibilidad de incrementar la cuantía de la indemnización por invalidez permanente parcial para la profesión habitual. Decididamente en favor de la jurisdicción laboral se muestra Serrano Alonso, «La responsabilidad civil nacida de accidente de trabajo», AC, 1999, pp. 1 y ss., aunque reconoce la necesidad de una reforma legislativa que recoja de modo expreso dicha competencia en el artículo 2.º de la Ley de Procedimiento Laboral y en la LOPJ. Por su parte, Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid, 1999), p. 252, afirma: «Es manifiesto que producidos los accidentes como consecuencia del trabajo... nos encontramos en presencia de una responsabilidad contractual, aunque la jurisprudencia haya acudido, casi sin fisuras, a los artículos 1902 y 1903». En mi opinión, sigue siendo un tema abierto. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: daños en propiedad privada por filtraciones de colector municipal: responsabilidad del Ayuntamiento: competencia civil.—Según jurisprudencia de la Sala 1.ª, es competente la jurisdicción civil para conocer del litigio cuando, además de la Administración Municipal, se demanda a un tercero; la causa más verosímil del hundimiento del suelo, según informe pericial, ha sido el mal estado del colector municipal.

Riesgo no incluido en la póliza.—Procede absolver a la compañía de seguros cuando los daños que sufrió el local del actor no estaban cubiertos por la póliza. (STS de 24 de febrero de 1999; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

41. Daños causados por infección del SIDA: responsabilidad del INSALUD: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de los asuntos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado.—Demandado el INSALUD por los daños causados por transfusión de sangre infectada de SIDA, debe examinarse de oficio la propia competencia jurisdiccional, y al respecto corresponde declarar que, en la actualidad la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra regulada, aparte de la normativa autonómica, en el artículo 106.1 CE que establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; en el artículo 149, apartado 1, regla 18.^a CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para fijar la legislación básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas; en el artículo 2.^e de la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que establece su exclusiva competencia para las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial del Estado, de manera parecida a como lo reconocía el artículo 3.^b) de la Ley de 1956; y en los artículos 139 y ss. de la Ley de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado por el RD de 26 de marzo de 1993, en cuyo Preámbulo se señala que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa pasa a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de derecho público como privado. Después de la supresión del párrafo 5.º del artículo 1903 CC y la publicación de la aludida Ley de 1992, es evidente un cambio del panorama competencial en este campo, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y en el artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa. Habida cuenta del contenido de la reclamación dirigida contra el INSALUD, procede declarar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (STS de 16 de diciembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Sorprende que en la sentencia no se fije con exactitud la fecha de realización de los hechos dañosos; la demanda se interpone el 24 de abril de 1992, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 26 de noviembre de 1992. La demanda se interpone por los daños causados por la infección del SIDA de un menor de edad, el cual fallece con posterioridad. Sorprende asimismo lo elevado de la indemnización reclamada, superior a los trescientos millones de pesetas. En términos generales esta sentencia expresa la doctrina que, en el futuro, debe prevalecer en orden a la atribución jurisdiccional de competencia en las reclamaciones contra el INSALUD por culpa extracontractual. Los artículos 106.2 y 149, ap. 1, regla 18.^a de la Constitución, junto con las leyes de desarrollo de 1992 y 1998, constituyen un sólido bloque normativo que obliga a la Sala 1.^a del TS a un giro jurisprudencial. Con todo, otros argumentos aducidos por la sentencia poseen menor fuerza: así el preámbulo de un RD carece de fuerza normativa directa, y del artículo 215 del Tratado de la UE no puede deducirse, sin ele-

mentos externos, el criterio que se pretende. Por otra parte, no parece probable que la Sala 1.^a renuncie a proclamar su competencia en casos que, o son de derecho transitorio (tal ocurre con el resuelto por STS de 28 de diciembre de 1998, extractada a continuación), o, en algunos casos que, ya sólo pueden ser excepcionales. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: transfusión a la madre de sangre infectada con SIDA: contagio y muerte del hijo: muerte de la madre por causa de la enfermedad: competencia civil.—La responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud es objetiva y, además directa, siendo competente para conocer de la reclamación la jurisdicción contencioso-administrativa según la normativa ahora en vigor, pero no en el momento de producirse el daño, en 1984, por lo cual la jurisdicción civil ha aceptado y resuelto casos, y así lo hace en el presente, en base fundamentalmente a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y para evitar el *largo peregrinaje* a través de las distintas jurisdicciones. Los hechos especialmente graves comienzan el 22 de septiembre de 1984 cuando a la esposa del actor se le trasfunde sangre infectada con el virus HIV en un hospital dependiente del Servicio Andaluz de la Salud; la mujer transmitió la enfermedad a su hijo, nacido prematuramente, y luego fallecido por causa de la misma; al tiempo de la transfusión no estaban en vigor las Órdenes de 1985 y 1987 que exigen la práctica de análisis previos a los donantes, comprobándose ulteriormente que la sangre procedía de una persona que era portador del virus; dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, falleció la mujer, personándose el marido en el proceso en representación propia y de su hija menor.

Unidad de la culpa civil: violación de los artículos 25, 26 y 28 LGDCU.—En el presente caso es aplicable la responsabilidad extracontractual, sea con autonomía propia, sea relacionada con la contractual, pues el núcleo de los hechos dañosos constituye el incumplimiento de una obligación, y, al mismo tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente ambas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios médicos lleva consigo la lesión de derechos del paciente que justifica la aplicación de las normas extracontractuales; además se han infringido los artículos 25, 26 y 28 de la Ley de 1984, que proclaman el derecho que tienen el consumidor y el usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que los suministran o facilitan, normativa hoy modificada, concretada y enriquecida por la Ley de responsabilidad por productos defectuosos, que introduce en nuestro derecho la Directiva de 25 de junio de 1985.

Valoración de los daños. Daño moral.—Los daños causados son una infección causada a una mujer con el virus del HIV, que hace que sufra la enfermedad del SIDA, lo que provoca que al dar a luz un niño, éste resulte asimismo atacado por dicha enfermedad y muera prematuramente; como la muerte de la madre es posterior a la iniciación del pleito no puede valorarse este daño so pena de incurrir en incongruencia; no obstante la dificultad de valorar los daños morales, con el límite del *petitum*, siendo imposible tomar en consideración los criterios administrativos que se refieren a las «valoraciones predominantes en el mercado», sino que hay que tener en cuenta la muerte de un hijo de dos meses de edad, marcado desde el nacimiento por la enfermedad, y la noticia de que la madre la sufría igualmente, pudiéndose señalar diez millones de pesetas por la muerte del niño y cinco millones por

los daños morales que supone la noticia de que la madre también estaba infectada por el virus y desarrollaba la enfermedad. (STS de 28 de diciembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Parece claro que, en razón a la fecha de su realización, los tristes hechos luctuosos que fundamentan y acompañan la reclamación quedaban sujetos a la LRJAE de 1957 por lo cual, a mi juicio, no era necesario justificar la competencia civil (quizá estaba muy próxima en el tiempo la STS de 16 diciembre 1998, extractada *supra*, que ha querido marcar el *cambio de rumbo* jurisprudencial en esta materia). En todo caso, parece que el viudo y la hija menor podrán reclamar en otro proceso la indemnización por la muerte de la esposa y madre, aquí no incluida, y también ante la jurisdicción civil. (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual: responsabilidad del Ayuntamiento. Daños en finca privada por filtraciones de la conducción de agua: hechos anteriores a la Ley de 1992 sobre responsabilidad administrativa.—En la sentencia de la Audiencia Provincial se ha infringido el artículo 1902 CC al no aplicarlo al caso de autos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva conforme a la jurisprudencia reiterada, y, también por inaplicación, las normas de la LRJAE de 1957 que, en razón a la fecha de producción del daño, debían ser aplicadas para declarar la responsabilidad civil del Ayuntamiento.

Doctrina jurisprudencial civil.—No puede seguirse en una sentencia civil la doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS, como inaceptablemente hace la sentencia recurrida, pues como declara la STS de 14 de junio de 1991, de la Sala 1.^a, sólo es jurisprudencia la de la Sala correspondiente a la materia de que se trata.

Competencia civil: derecho transitorio.—La doctrina se contiene en la STS de 1 de julio de 1986, la cual se ha mantenido de modo casi absoluto, según la cual, aun admitiendo la dualidad competencial, las razones de prevalencia del orden civil se encuentran en no dividir la continuidad de la causa cuando se demanda a la Administración y a otra persona; en otro caso, en la *vis atractiva* y en el valor matriz y residual del orden jurisdiccional civil, prevalente en supuestos de duda, la pertenencia de la culpa al ámbito del derecho privado, la interpretación restrictiva respecto al «funcionamiento de los servicios públicos», sea normal o anormal, cuando entra en juego la culpa extracontractual respecto de quienes actúan o dejan de actuar contraviniendo las exigencias del caso, produciéndose el daño más bien «con ocasión del servicio» y sin incidencia de facultades soberanas, a todo lo cual ha de añadirse la menor trascendencia del orden jurisdiccional que conozca, una vez declarada la unidad jurisdiccional por la LOPJ, pero con la enorme trascendencia constitucional de proscribir el «peregrinaje de jurisdicciones» en aras de evitar la indefensión, dilaciones, obtener economía procesal y, en definitiva, no restringir la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, por imperativo del artículo 24 CE, que ha obligado a esta Sala a consagrar como principio ese no peregrinaje jurídico-procesal, aunque haya de reconocerse que la atribución de una cuestión a un concreto orden jurisdiccional no vulnera dicho precepto. (STS de 19 de enero de 1999; ha lugar.)

NOTA.—Mientras el Juzgado de Primera Instancia estimó la reclamación contra el Ayuntamiento, la Audiencia Provincial se

declaró incompetente invocando tres sentencias de la Sala de lo Contencioso del TS, como único fundamento del fallo. El TS reitera una jurisprudencia que ya no será sino residual, en tanto subsistan reclamaciones por hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1992. Ello no impide que la Sala 1.^a *salga por sus fueros* reiterando una doctrina que —a juzgar por los indicios—, va a impedir que sea pacífica la asunción de competencia por la jurisdicción contenciosa en materia de daños cometidos por las Administraciones Públicas, en perjuicio de los particulares. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: responsabilidad médica. Muerte de menor operado de apendicitis: transferencia de competencias sanitarias a la Comunidad Autónoma: condena del Insalud.—El tema a resolver es el de qué Administración sanitaria ha de hacer frente a la indemnización concedida por sentencia cuando el acto médico se había realizado en fecha anterior a la de las transferencias, pero dicha sentencia había recaído después de verificadas aquéllas; tal sustitución pactada en acto político-administrativo sólo encontraría algún parangón en el derecho privado con la sucesión universal, no oponible *ad extra*, frente a tercero y para perjudicarlo; sean cualesquiera las deficiencias de la Ley de 14 de octubre de 1983, relativa al proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas, y dado que el Juzgado de Primera Instancia condenó solidariamente al INSALUD y al *Servei Valencià de Salut* (SERVASA), si bien en apelación se absolvió a este último, procede rechazar el recurso interpuesto por aquél, ya que la transferencia no puede perjudicar a quien ha sufrido el daño, como tampoco las interpretaciones contradictorias de INSALUD y SERVASA, ni la confusión de las normas político-administrativas, sin perjuicio de las reclamaciones internas, por la solidaridad impropia frente a la víctima, que no ha de resolver esta Sala. (STS de 12 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El caso aquí resuelto afecta al interesante tema de los reflejos jurídico-privados de las transferencias que la Administración Central está realizando en favor de las Administraciones Autonómicas en cumplimiento de los respectivos Estatutos; no parece acertado invocar el símil de la sucesión *mortis causa*, sino más bien se estaría ante una cesión *inter vivos* de una universalidad de bienes, como podría calificarse la de una empresa. Curiosamente la sentencia aporta argumentos en favor de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que condenó solidariamente a ambas Administraciones sanitarias, aunque la Audiencia Provincial absolvió a SERVIASA; con este condicionamiento (el condenado carece de legitimación para pedir la condena del demandado absuelto, y la parte actora no compareció en casación) sólo quedaba al TS la salida de confirmar la condena del INSALUD, permitiendo a las Administraciones sanitarias interesadas que resuelvan entre sí sus diferencias. Queda incólume la responsabilidad por muerte de un menor de cinco años, operado de apendicitis, y más tarde de peritonitis, en centro dependiente de aquél, si bien la demanda se interpone en octubre de 1991, después de que, a partir de 1 de enero de 1988, se hubieran traspasado los servicios sanitarios a la Generalitat valenciana. A la vista del planteamiento procesal del caso, la solución parece adecuada. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: muerte de espectador en lanzamiento de fuegos artificiales: responsabilidad del Ayuntamiento: reclamación previa en vía administrativa: doctrina general.—Es cuestión nueva ya que el Ayuntamiento no alegó, ni ésta ni ninguna otra excepción, pues no contestó a la demanda, y tampoco en el recurso de apelación; pero aun cuando no se tratara de una cuestión nueva, procedería igualmente su desestimación según reiterada jurisprudencia, pues la reclamación previa tiene como finalidad esencial la de impedir que la Administración, en sus distintos grados y categorías, entre en un proceso sin haber tenido la oportunidad de evitarlo, lo que conduce a una ineludible semejanza con la conciliación procesal civil, debido a que ambos actúan a modo de conocimiento del futuro litigio y, en su caso, como mecanismo para eludir su iniciación; ello origina que la falta de reclamación entre plenamente en la categoría de los defectos subsanables, de manera que su petición ha de ser interpretada con criterios de flexibilidad y de adaptación a las pautas del artículo 3.1 CC, pues su falta constituye una anomalía susceptible de enmienda a lo largo del proceso, no existiendo base en nuestro ordenamiento para que su alegación, más bien formal, actúe como condicionamiento absoluto del ejercicio de las acciones y debe ser obviada en aras de la efectividad de la tutela judicial proclamada en el artículo 24 CE, máxime cuando en este caso el Ayuntamiento fue parte en un proceso penal por los mismos hechos en calidad de presunto responsable civil subsidiario, recayendo sentencia absolutoria.

Responsabilidad por riesgo.—La responsabilidad civil del Ayuntamiento es clara ya que la organización de las fiestas corría a su cargo, a través del Concejal competente y de la Comisión que presidía; la producción del accidente mortal acredita que las medidas de seguridad no fueron suficientes para evitarlo, siendo incluso previsible la contingencia de un exceso de carga en alguno de los obuses de fuegos artificiales, de modo que orientar los disparos en dirección al muelle en que se encontraba el público no era precisamente extremar las precauciones, aunque lo normal y esperado fuese que los obuses cayeren en el mar, dada la distancia a cubrir de 180 metros. Debe tenerse en cuenta que los espectáculos de pirotecnia siempre entrañan un peligro en sí mismos, generando riesgos, de ahí que la obligación de responder no puede obviarse a pretexto de haber observado las medidas reglamentarias de seguridad, si resulta que el daño se pudo evitar poniendo un exquisito empeño en la prevención; por el contrario, el obús resultante del resultado mortal cayó y explotó precisamente en el espacio que dicho Ayuntamiento había acotado para el público espectador.

Litisconsorcio: responsabilidad de los subcontratistas.—El Ayuntamiento contrató exclusivamente con el pirotécnico demandado, quien en virtud del contrato celebrado con aquél, llevó a efecto la preparación y el lanzamiento de tales fuegos artificiales, con total independencia de las empresas subcontratistas de los materiales necesarios para ello; hipotéticamente, de ser éstas responsables, se daría una solidaridad que autorizaría al actor a dirigirse contra cualquiera de ellos, por lo cual no hay litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 30 de enero de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

46. Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual.—El momento a partir del cual comienza a contarse el plazo prescriptivo no puede dejarse al arbitrio del demandante, sino que debe buscarse ante todo «un punto de seguridad jurídica, fijando un hecho objetivo para el inicio del plazo». «El informe psiquiátrico elaborado a

petición del actor (...) no manifiesta nada nuevo sobre el estado de salud psíquica del actor» cuando todo lo descrito en él está recogido en un previo informe médico oficial. A partir de la fecha de este informe oficial el agravado tuvo conocimiento de las consecuencias de la lesión y, por esta razón y porque el segundo informe no añade nada al anterior, se inicia desde el primero el cómputo del plazo de ejercicio de la acción. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 24 de febrero de 1983, el demandante sufrió un accidente laboral en las obras de la Central Nuclear de Valdecaballeros. Con fecha 21 de junio de 1988 se dictó un informe de la Unidad de Valoración Médica (dependencia del Insalud), en el que se declaraba la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Sin posibilidad razonable de recuperación». A petición del actor, se elaboró después un informe psiquiátrico en el que se describían sus circunstancias, basándose en su historia clínica. La demanda pretende que se tenga en cuenta la fecha de este último informe a efectos del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual que se ejercita. En primera instancia se desestimó la demanda, apreciando la excepción de prescripción opuesta por las empresas demandadas. La Audiencia revoca la anterior y condena a los demandados al pago de una indemnización. En casación, ha lugar, casando la anterior y confirmando la sentencia de primera instancia. (C. J. D.)

47. Responsabilidad de la Junta de Andalucía por muerte en accidente de mina: competencias transferidas: responsabilidad por riesgo.—La Sala 1.^a ha declarado que las responsabilidades en los supuestos de riesgos, tanto existentes como instaurados, la culpa exigida conforme al artículo 1902 CC se mueve en el ámbito de lo cuasi-objetivo, que impone extremar todas las precauciones y agotar los medios para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar y pueden generar daños efectivos; en estos casos ha de tener lugar la inversión de la carga de la prueba, que obligaba a los recurrentes a demostrar que en la producción del accidente de autos no había tenido ninguna actuación negligente o imprudencial, al haber obrado con la mayor y más atenta diligencia y prudencia, o que el suceso se debió a caso fortuito, fuerza mayor o lo produjo el exclusivo actuar negligente de la víctima.

Suspensión administrativa provisional de los trabajos: persistencia del riesgo: falta de control y vigilancia.—El 11 de abril de 1988 la Consejería de Economía y Fomento de la Junta de Andalucía, a la que se habían transferido las competencias sobre minería por la Administración estatal, resolvió suspender provisionalmente los trabajos de explotación durante un plazo, en principio de un mes, en el que se deberían realizar sólo y exclusivamente los trabajos encaminados a restituir la seguridad en el interior de la mina. Pero tal resolución se ha revelado insuficiente ya que reglamentariamente podía haber decretado la suspensión de todas las labores en la mina, pues conocía desde hacía bastante tiempo las deficientes condiciones de seguridad de aquélla, pues el obligado Plan de Labores no se había presentado desde 1986, pese a lo cual autorizó la explotación en su interior que se hacía en fondo de saco, careciendo de medios de ventilación adecuados, siendo altamente probable la posibilidad de que se produjeran desprendimientos

con arrastre del material del cielo de las galerías, que es lo que desgraciadamente ocurrió. Se daba existencia y persistencia de riesgo suficientemente advertido y conocido —que se asumió—, y no obstante ello se autorizaron trabajos mineros interiores, sin que se realizara actividad de control y vigilancia, la que se presentaba, no sólo necesaria, sino inevitable, dadas las deficientes condiciones de la mina; el peligro se incrementó, y de potencial existente pasó a ser peligro efectivo y realizado con consecuencias trágicas irreparables, incumpléndose las medidas de protección y vigilancia establecidas en los artículos 116 y 119 de la Ley de Minas de 1973, y en el artículo 142 del Reglamento de 1978.

Nexo causal.—La recurrente no causó directamente el derrumbamiento de la mina, pero el accidente producido resulta propiciado por su actuar al autorizar trabajos peligrosos en el interior, siendo adecuada la causalidad pues los consintió de forma voluntaria, con resultado de muerte, no habiendo demostrado la Junta de Andalucía que sus actuaciones fueran las correctas y adecuadas a las circunstancias efectivas y peligrosas que se presentaban. (STS de 11 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El accidente ocurre el de 21 de junio de 1988, no se conoce la fecha en que se interpone la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, y éste pronuncia sentencia el 8 de octubre de 1993, la Audiencia Provincial falla el 13 de mayo de 1994; la sentencia firme de la Sala 1.^a se dicta más de diez años después de producido el accidente en la mina, siendo más de seis los que emplea la jurisdicción civil en resolverlo; parece, en su conjunto, excesivo el tiempo si se atiende a los intereses vitales y familiares implicados. Adviértase que no se suscita cuestión sobre posible competencia de la jurisdicción social, y que las indemnizaciones solicitadas, y estimadas en ambas instancias, son relativamente altas (veinte millones para la viuda y diez millones para cada uno de los cuatro hijos de la víctima). La ponencia de Villagómez Rodil ha profundizado en la actuación poco diligente y previsor de la Consejería andaluza, análisis que debe calificarse de ponderado y razonable. (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: responsabilidad del Centro docente y de la Asociación de Padres por lesiones sufridas por alumna en fiesta de fin de curso: hechos anteriores a la reforma de 1992.—Según SSTs de 10 de noviembre de 1990 y 3 de diciembre de 1991, la obligación de reparar, según el artículo 1903, penúltimo párrafo de la redacción primitiva, se impone al titular del Centro privado de enseñanza, y éste responde en cuanto mantiene el control del alumnado, sea total o parcial, sea en horas lectivas propiamente dichas o en tiempo posterior en el que todavía ejerce su labor de guarda; en el presente caso, quince minutos antes de iniciarse la fiesta de fin de curso, la Directora del Parvulario fue informada de la intención de elevar globos, lo que implica que los padres subordinaban la realización del acto a la autorización del centro, y aquélla no se opuso a tal actividad, adoptando una actitud pasiva ante el riesgo que suponía la necesidad de espacio libre, en un patio con gran afluencia de público, y la corta edad de las alumnas; al manipularse el encendido de un globo con alcohol, sin quedar acreditado quién manipulaba el globo y el líquido inflamable, y quien controlaba la garrafa que lo contenía, se inflamó aquél sin que conste el modo, y la niña Laura de cinco años sufrió quemaduras graves con importantes secuelas.

Concurrencia de causas.—Aunque la sentencia recurrida habla de compensación de culpas, ello es impensable en relación con la lesionada de cinco años de edad, debiendo entenderse en el sentido de concurrencia de causas, basando su ponderación en la actuación del Colegio y de los padres de la niña, que concurren a la producción del hecho y minoran la indemnización.

Indemnización de daño moral.—El daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados, y puede ser directo, o, más frecuentemente, indirecto que es el sufrido a consecuencia de un daño personal; así el atentado a la integridad física no sólo produce daños directamente sino también un indudable daño moral, el *pretium doloris* que debe ser resarcido; y no cabe mantener que la indemnización no puede saciar los sentimientos del dolor —lo que es cierto—, por lo que no cabe indemnizar —lo que no es cierto—, sino que la indemnización valora económicamente y, sin duda, parcialmente, este daño moral que la doctrina alemana denomina *Schmerzugeld*, o *dinero del dolor*.

Responsabilidad concurrente de la Asociación de Padres de Alumnos.—Esta Asociación organizó e intervino directamente en la fiesta de fin de curso en la que se produjeron los daños; equivocadamente la sentencia de instancia la exime de responsabilidad alegando que no puede asumir una responsabilidad objetiva cuando la ley no lo prevé; por el contrario, la asociación como persona jurídica, inspira, organiza y controla, conjuntamente con el Colegio, la fiesta de fin de curso, y si en ella se produce un daño, participa en la obligación de repararlo, y aunque actúa a través de sus miembros, la obligación de reparación es de ella, por su intervención directa en el evento en aplicación del 1902 y no del 1903 CC; así lo declaran las SS antiguas de 16 de junio de 1956, 10 de enero de 1958, 13 de mayo de 1960, 29 de septiembre de 1964, 3 de mayo de 1967 y 3 de julio de 1969, y la más moderna de 29 de abril de 1988.

Caso fortuito.—Para apreciar la existencia del caso fortuito es preciso probarlo, y así lo declara la STS de 20 de septiembre de 1989.

Responsabilidad de la Compañía de seguros: intereses conminatorios del artículo 20 de la Ley del Seguro: incongruencia.—Los intereses conminatorios del 20 por 100, los impone la sentencia a la Compañía aseguradora, sin que la parte demandante los haya solicitado, por lo cual hay incongruencia, pues según el artículo 20 de la Ley de 1980, no son apreciables de oficio, igual que ocurre con los intereses moratorios. La Ley de 8 de noviembre de 1995 ha redactado nuevamente aquel precepto, pero la reforma no se aplica al caso pues los hechos ocurrieron con anterioridad.

Riesgo asegurado.—El siniestro consistente en las lesiones sufridas por la niña alumna del Colegio está cubierto por el riesgo asegurado, en cuanto que el Colegio, es decir, la titular del mismo, es considerada responsable de aquel daño. (STS de 29 de diciembre de 1998; ha lugar en parte.)

NOTA.—Con estimación parcial de dos de los diversos recursos interpuestos, se condena en definitiva y solidariamente al Centro docente y a la Asociación a abonar diez millones de pesetas a los padres de la menor en concepto de daños, y otros veinte en concepto de daño moral causado a aquélla. La responsabilidad solidaria de la Asociación de Padres (absuelta en apelación) parece clara, pues son los organizadores y promotores de la fiesta en cuyo transcurso tiene lugar el lanzamiento de globos; pero todo ello ocurre en las instalaciones del Colegio con acuerdo de su Directora, que, por

tanto, se hace corresponsable. No se explica muy bien la intervención efectiva de los padres de la lesionada en la Asociación, dato que toma en consideración la sentencia para reducir la cuantía indemnizatoria; ya se comprende que no resultaría igual que tales padres sean uno más de los asociados, o que actuaran activamente en la Junta Directiva en la organización de la fiesta y, eventualmente, en el espectáculo que originó el daño. No se describen las lesiones sufridas y las eventuales secuelas en la menor (¿desfiguración? ¿deformidades?); la cuantía de la indemnización es, en todo caso, notable, aunque en la demanda se solicitaba una suma todavía mayor (25 millones de pesetas). (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de circulación: conductor dependiente del propietario del vehículo: adquisición de la propiedad de vehículos: título y modo: incumplimiento de requisitos administrativos.—El artículo 247 del Código de la Circulación, que regula la transferencia de vehículos a efectos administrativos, es inaplicable al orden jurídico-civil, en el que la adquisición de un vehículo se rige exclusivamente por la llamada *teoría del título y del modo* en lo relativo a las transmisiones a título oneroso, requiriéndose un contrato con virtualidad traslativa de dominio (título), acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades. En el caso de autos consta que el vehículo *Renault-5 Turbo* fue adquirido por los demandados en el precio de tres millones y medio de pesetas, para cuyo pago se entregaron dos cheques y un coche usado, entrando los demandados en la posesión de aquél, por lo cual hay que concluir que adquirieron civilmente su propiedad.

Autorización al empleado: prueba indiciaria: responsabilidad de los propietarios.—El coche fue conducido en horas nocturnas en que la discoteca —perteneciente también a los propietarios del vehículo— estaba en funcionamiento, conduciéndolo un empleado de éstos, llevándolo desde la entrada de la discoteca en que estaba estacionado a las calles adyacentes, en que se produjo el accidente, sin que se presentara denuncia por utilización indebida del vehículo; de todo ello hay que presumir que el conductor contaba con el beneplácito de los apalantes para conducir el vehículo, lo que conlleva la aplicación del artículo 1903 CC, o bien, de no presumirse la autorización, habría, al menos, una *culpa in vigilando* sobre el coche, preparado para carreras y sin seguro obligatorio, al dejar las llaves del mismo a la disposición de terceros, lo que supondría la aplicación del 1902 CC, de responsabilidad por el hecho propio; no les exime la circunstancia de que, al ocurrir el accidente, los dueños estaban durmiendo, pues es lógico presumir que dejaran como encargados de la discoteca a un empleado de confianza, y éste sería el que entregase las llaves al infortunado conductor, o consintió que las cogiera por sí mismo, e incluso pudo haber sido el encargado el propio conductor que falleció en el accidente; y de haber utilizado sin permiso las llaves del coche, causa extrañeza que los propietarios no hubieran denunciado el hecho para dejar a salvo su responsabilidad. En todo caso, entraña una evidente *culpa in vigilando* el dejar las llaves de un vehículo tan peligroso en un sitio tan poco seguro como la oficina de la discoteca, de donde podían cogerlas cualquiera de los empleados de la misma. (STS de 14 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Las circunstancias concurrentes y la falta de prueba de otras, convierten este caso en trama casi novelesca: podía titularse

El coche de carreras y la discoteca. Hay un muerto, el conductor, de quien no se sabe si ha dado origen a indemnización en favor de sus familiares; hay un lesionado grave, el cliente de la discoteca, con incapacidad permanente, que reclama la indemnización a los propietarios, actuales y al anterior, del vehículo, estrellado al poco de arrancar. El vehículo se destinaba a correr en *rallys* y no estaba asegurado; sus propietarios sostienen en el pleito no serlo, y las llaves estaban en un cajón de la discoteca, sin que se haya aclarado quien autorizó su uso o si alguien las sustrajo. La impresión es que el *R-5 Turbo* era una atracción más de la discoteca, cuyo uso se permitía a los clientes (el placer de subir a un coche de carreras) con mayor o menor facilidad, y por decisión de los empleados, hecho consentido o tolerado por los dueños; éstos habrían llegado a un arreglo extrajudicial con los parientes del conductor fallecido (¿acaso ha podido calificarse de accidente de trabajo *in itinere?*), que se llevó a la tumba el secreto del accidente; la falta de seguro de accidentes explica la conducta remolona de los propietarios en este proceso. Los argumentos para fundamentar el rechazo del recurso son plenamente aceptables, así como muy razonable la aplicación de la prueba indiciaria. La razón fundamental de la condena de los propietarios radica en su evidente culpa *in vigilando*. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: secuelas de intervenciones prostáticas: actuación correcta del cirujano.—Se declara en la sentencia recurrida que la indicación quirúrgica era adecuada, la técnica empleada correcta, no habiéndose probado la existencia de conexión física entre la actuación médica y los problemas de impotencia e incontinencia, que pueden producirse, como propios de tales enfermedades e intervenciones, aun siendo realizadas perfectamente, procediendo rechazar el recurso interpuesto por el enfermo.

Deber de información sobre los riesgos de la intervención: riesgos atípicos.—Entre los deberes que pesan sobre el médico, la STS de 25 de abril de 1994 incluye la de informar al paciente, o a sus familiares, siempre que ello sea posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que pueden derivarse, especialmente si es quirúrgico, y si los medios en el lugar donde se aplica el tratamiento son insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia; el incumplimiento de este deber obliga a indemnizar los daños y perjuicios; la carga de la prueba del cumplimiento de este deber de información recae sobre el profesional de la medicina, si bien en este caso la intervención quirúrgica ocurrió en 1975 cuando no habían sido promulgados el Decreto de 25 de agosto de 1978, la LGDCU de 1984 y la Ley de Sanidad de 1986. Sólo cabe invocar la Orden de 7 de julio de 1972 que otorgaba a los enfermos el derecho a ser advertidos del estado de gravedad, y el de autorizar, por sí o por sus allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que implicaran riesgo notorio previsible; por otra parte, la demanda se interpone quince años más tarde, lo que acrecienta, si cabe, las dificultades de prueba para el cirujano de un hecho no sujeto a ningún requisito formal. Ahora bien, dado que la impotencia *coeundi* y la incontinencia urinaria no pueden considerarse riesgos típicos cubiertos por el deber de información, sino atípicos por imprevisibles e infrecuentes, no cabe concluir

que el cirujano haya incumplido el referido deber. (STS de 28 de diciembre de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual: responsabilidad del anestesista: secuela de tetraplejía espástica.—La responsabilidad civil de los anestelistas se exige cuando éstos no son rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de esta especialidad médica, cuya funcionalidad no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y propiciar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito, y entre éstos resulta imprescindible en todo momento la oxigenación, ventilación y circulación del paciente.

Culpa virtual.—El acusado y alarmante descenso de la tensión de la enferma quedó determinado, acreditando un actuar que encaja en el reproche culpabilístico como culpa virtual, en razón a la desproporción de resultados, debidos a la probada negligencia del recurrente y desatención en cuanto a la correcta intubación de aquélla, así como del control de su respiración asistida que exigía constante seguimiento, dado que el riesgo anestésico es muy alto, hasta alcanzar situación satisfactoria; esta actividad profesional imponía, al aplicar las técnicas de la anestesiología, evitar toda falta de oxigenación al cerebro, que es lo que sucedió, y hace presencial la causa eficiente del resultado dañoso para la salud.

Quantum indemnizatorio: lucro cesante.—Resultado probado que la perjudicada realizaba por su cuenta trabajos de tapicería, lo que no puede ejecutar ahora ni en lo sucesivo, dado el estado físico de inutilidad total que le afecta; el Tribunal de instancia se encontró con bases inciertas para precisar la cuantía dineraria, por no estar dada de alta en el IAE y no haber aportado declaración de renta a la Hacienda, con lo que rebajó la cuantía otorgada en primera instancia que fue de quince millones de pesetas, fijándola en cinco millones de pesetas; la jurisprudencia reitera, ante supuestos similares en que fatalmente resultan daños y su autor responsable aparece debidamente identificado, que no es preciso acreditar la realidad cuantitativa del lucro cesante que derive directamente del actuar culpable del otro, ya que no es de justicia efectiva que estas situaciones queden impunes y libres de toda indemnización, al conformar *in re ipsa* el propio perjuicio, y la prueba la viene a constituir la situación negativa y dañosa provocada e impuesta, tanto por vía contractual como extracontractual.

Gastos asistenciales.—El recurso impugna la cuantía de gastos asistenciales fijada en algo más de setenta y seis millones de pesetas, invocando la Ley de 1995, pero esta norma no estaba en vigor al tiempo de ocurrir los hechos, pretendiendo, en realidad sustituir la suma por una renta vitalicia, lo que constituye cuestión nueva; tampoco hay enriquecimiento injusto pues el artículo 1902 CC es imperativo en cuanto obliga al culpable a reparar el daño causado.

Pago de intereses del artículo 921 LEC.—Los intereses se devengan cuando se condena al pago de una cantidad líquida, desde la fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y en los casos de revocación parcial el Tribunal *a quo* está facultado para resolver conforme a su prudente arbi-

trio, razonándolo al efecto, lo que aquí no ha ocurrido. (STS de 12 de diciembre de 1998; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: responsabilidad médica; doctrina general: fallecimiento por tétanos postquirúrgico.—Los médicos han sido absueltos en la instancia porque no consta la infracción por ellos de la técnica que era exigible en la aplicación de medidas profilácticas para el acto de que se trataba, extirpación de unos juanetes; en efecto, es doctrina reiterada, que recuerda la STS de 13 de octubre de 1997, que la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato de prestación de servicios, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios, y no de resultado.

Responsabilidad del centro hospitalario y de la entidad aseguradora: doctrina del daño desproporcionado.—La imputación a título de culpa está referida a la entidad titular del centro asegurado, por el mal cumplimiento de la prestación de tener el espacio, el instrumental y el material a utilizar en el estado que sea preciso para evitar infecciones; para lo cual se acude a la doctrina del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, y también por la alemana (regla del *Anscheinbeweis, o apariencia de prueba*), y asimismo por la doctrina francesa de la *faute virtuelle*; lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima; doctrina coincidente con la mantenida en STS de 1 de julio de 1997, también por infección postoperatoria.

Violación de la LGDCU.—La responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios es de carácter objetivo, e incluye la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y suponen controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, que deben impedir por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquiridas en el medio hospitalario, o su reactivación en el mismo medio; cuando estos controles fallan, o por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva.

Costas: estimación parcial.—Cuando la estimación de la demanda es parcial no procede la imposición de las costas a menos que algún litigante hubiera incurrido en temeridad, lo que se prueba en este caso, originando la estimación parcial del recurso. (STS de 9 de diciembre de 1998; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

53. No son gastos necesarios las rentas del arrendamiento del local en donde se encuentra una maquinaria, cuya posesión fue retenida indebidamente.—Por gastos necesarios, a efectos del párrafo primero del artículo

lo 453 CC (que es el único que aquí se invoca como supuestamente infringido), según la propia jurisprudencia que invoca la recurrente en el encabezamiento del motivo, han de entenderse las impensas realizadas para la conservación de la cosa y que resulten imprescindibles de forma tal que de no haberlas llevado a cabo la cosa habría dejado de existir o desmerecido, calificación que no corresponde a la renta que la entidad actora, aquí recurrente, tuvo que pagar por el arrendamiento del local, pues dicho pago hubo de hacerlo, no porque la maquinaria estuviera allí ubicada o depositada, sino simplemente porque era la arrendataria de dicho local, con plena y total independencia de que la maquinaria hubiera estado o no allí depositada, sin que haya probado que la continuación en dicho arrendamiento fuera debida a la existencia allí de la repetida maquinaria, la cual, por otro lado, ni habría dejado de existir, ni se habría deteriorado siquiera, si la actora, aquí recurrente (arrendataria de dicho local) hubiera dejado de abonar la renta correspondiente, aparte de que la permanencia de la maquinaria en dicho local (adquirida en subasta por la entidad demandada) fue debida única y exclusivamente, según declara probado la sentencia recurrida y aquí ha de mantenerse incólume, a la activa resistencia que la propia entidad actora, aquí recurrente (arrendataria del local y anterior propietaria de tal maquinaria) opuso a que fuera retirada del mismo, y no a la voluntad de la adquirente de la misma (en subasta), como lo evidencia el hecho de que para que ésta pudiera, por fin, retirarla del repetido local hubo de intervenir la fuerza pública, a requerimiento del Juzgado que conocía del procedimiento en que se celebró la subasta. (STS de 26 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada se adjudicó una maquinaria en subasta instada en un procedimiento laboral. El anterior propietario y poseedor de las máquinas arrendó después un local de negocio para editar un periódico, y colocó en uno de sus espacios la maquinaria adjudicada. Durante año y medio, el poseedor obstaculizó la entrega al adjudicatario, hasta que la maquinaria fue retirada a instancias del Juzgado que conoció de la subasta, auxiliado por la fuerza pública. El anterior poseedor demandó al adjudicatario, en reclamación de los gastos de alquiler del local, por considerar que eran gastos necesarios de la posesión de la maquinaria. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS desestimaron la demanda. (L. F. R. S.)

54. Jurisprudencia sobre la alegación del artículo 1.214 CC como base de un motivo casacional.—El motivo ha de desestimarse necesariamente en cuanto a la infracción del artículo 1214 CC, pues olvida la reiterada, constante e ininterrumpida doctrina de esta Sala según la cual el artículo 1214 CC, por su generalidad e inconcreción, no puede servir de base a un motivo casacional, salvo cuando la sentencia recurrida haya hecho caso omiso del *onus probandi* que en él se preceptúa, atribuyendo a una parte las consecuencias de la falta de prueba de lo que, en atención a la regla, debió serlo por la contraria, y nunca se infringe cuando se resuelve de acuerdo con el material probatorio aportado (SS de 20 de febrero y 14 de mayo de 1990, 16 de junio de 1995 y 27 de febrero de 1997, entre otras muchas).

Posibilidad de que el TS pueda revisar los conceptos jurídicos indeterminados.—La Audiencia considera que en el caso litigioso concurren todos en favor del Ayuntamiento demandado desde 1918, pero esta Sala

puede revisar ese criterio, pues se trata de conceptos jurídicos indeterminados (como la culpa, la buena fe, el dolo, etc.), no de cuestiones de mero hecho. Una cosa es el hecho de la posesión, y otra es la calificación que merezca a efectos de aplicar la normativa sobre la usucapión. No se está entonces ante un mero hecho, sino ante una conceptualización de un determinado hecho, lo cual es materia susceptible de juicio casacional al amparo del artículo 1692.4 LEC. También lo es el establecimiento del hecho de la posesión, pero para ello ha de demostrarse el error de derecho que la Audiencia pudiera haber cometido en la valoración, mientras que en el supuesto anterior, la infracción de norma de carácter sustantivo, no de norma referente a la valoración de las pruebas según su naturaleza.

Las rectificaciones catastrales no prueba la posesión continuada en concepto de dueño.—No bastaría un solo acto, sino una posesión continuada durante todo el plazo que ha de transcurrir para que se produzca la usucapión, y no hay pruebas en autos, ni la Audiencia dice lo contrario, más que desde el año 1972, en que el Ayuntamiento comienza a ocuparse del abandonado castillo realizando diversas obras de acondicionamiento, pues la rectificación catastral de 1918 en ningún caso lleva en sí misma presunción de que se continua poseyendo en concepto de dueño. No hay precepto legal alguno que pueda fundamentarlo; el Catastro afecta sólo a datos físicos de la finca (descripción, linderos, contenido, etc.) nada más, no sienta ninguna presunción de posesión dominical en favor del que en él aparece propietario. Si las certificaciones catastrales no prueban la propiedad, no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios (SS de esta Sala de 16 de noviembre de 1988 y 2 de marzo de 1996, y las que en ella se citan), con más razón no pueden ser tampoco por sí mismas prueba de una posesión a título de dueño.

La jurisdicción civil no es competente para declarar la nulidad de un acto administrativo.—La sentencia recurrida considera que tal acuerdo es una renuncia a la prescripción ganada, y como equivalente a una enajenación lo estima nulo por no reunir los requisitos exigidos en la legislación administrativa local para que la Corporación enajenase sus bienes. Incide así en una clara extralimitación de la jurisdicción civil, apreciable de oficio, porque la contencioso-administrativa es la única competente para conocer del tema.

La partición sirve de título para ejercitar la acción reivindicatoria.—El artículo 609 CC establece que la sucesión *mortis causa* es un modo de adquisición de la propiedad, luego el castillo era propiedad de la madre de los demandantes por título sucesorio. Por otra parte, el artículo 1068 CC dice que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. En consecuencia, perteneciendo el castillo en propiedad a la causante de los actores por título sucesorio, existiendo una partición de su herencia en la que se atribuye la propiedad del castillo a los actores, y no habiéndose reconvenido en este pleito solicitando la nulidad e ineficacia de aquella partición, los actores tienen título para ejercitar la acción reivindicatoria del castillo contra el Ayuntamiento de Mula, que lo detenta.

La ocupación requiere que la cosa ocupada no tenga dueño y no sirve para fundamentar la usucapión ordinaria.—El Ayuntamiento presuntamente ocupante sabía que el castillo tenía sus dueños (Acuerdo del Pleno de 4 de noviembre de 1965), por lo que mal puede hablarse de ocupación, que requiere que la cosa ocupada no lo tenga, y mal se puede traer a colación un

título originario de adquisición como es la ocupación, para fundamentar en él una usucapión ordinaria. La usucapión aludida purga de vicios el justo título en que se apoya, y si hay ocupación, no hay vicio alguno que purgar por esa vía. (STS de 2 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante, actuando por sí y en nombre de sus hermanos, demandó al Excmo. Ayuntamiento de Mula, alegando que él y sus ocho hermanos eran propietarios indivisos de un anti-quísimo castillo, sito en Mula, por herencia de su madre. La causante de los actores lo inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad en 1942, mediante su reconstitución, por haber sido incendiado durante la guerra civil 1936-1939. El Ayuntamiento demandado alegó que poseía el castillo desde 1918, fecha en que reclamó ante el Catastro figurar como propietario, y que desde entonces había venido poseyendo ininterrumpidamente. Documento decisivo fue el acuerdo tomado por el Pleno del Ayuntamiento en 1965, por el que se proponía tomar la decisión de comprar el castillo. A partir de 1972 existió abundante prueba de actos posesorios dominicales por parte del Ayuntamiento. Los demandantes iniciaron la preceptiva reclamación administrativa previa en 1992, seguida en ese mismo año de la demanda por la que se interponía la acción reivindicatoria. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia, por estimar que se había producido usucapión extraordinaria en favor del Ayuntamiento. El TS dio lugar al recurso y resolvió admitir la acción reivindicatoria. (L. F. R. S.)

55. Diferencias entre la acción reivindicatoria y la tercería de dominio.—Aunque la antigua jurisprudencia equiparó prácticamente a la acción reivindicatoria la demanda de tercería de dominio, la moderna ha modulado tal criterio (SSTS de 24 de julio de 1992 y 31 de mayo de 1993 y las que cita). Ciertamente que en ocasiones cuando el demandante, tercerista, no posee, y sí los demandados ejecutantes y ejecutados, y aquél demuestra su título legítimo de propiedad, la tercería produce el mismo efecto que la reivindicación, pero cuando falle algún requisito (por ejemplo, posesión en los demandados), puede también ser estimada la tercería sin que se produzca la reivindicación, y puede haber supuestos en que la paralización de la ejecución sea el único y fundamental efecto, común a todos los supuestos de estimación de la acción, porque la verdadera naturaleza procesal de la acción es la de un proceso incidental tendente a paralizar la acción, dejando en algunos casos para juicio declarativo posterior la determinación de los verdaderos propietarios.

El embargo no crea derecho real sobre los bienes en los que recae.—El embargo de bienes no altera la naturaleza de los créditos (STS de 23 de abril de 1992) que dicha traba trata de asegurar, si el embargo es cautelares, o de transformar en dinero para satisfacción del crédito que originó la ejecución. No crea derecho real alguno sobre los bienes y simplemente determina que el derecho cuya satisfacción persigue el embargo, tiene preferencia sobre los derechos que nazcan con posterioridad.

Desestimación de todos los pedimentos de la demanda que rebasan el objeto de la tercería.—Aplicar estos criterios legales y jurisprudenciales, que son coincidentes, al caso de autos, exige tener en cuenta el contenido del suplico de la demanda de tercería, origen de este recurso, y anticipar que si

alguno de los motivos de casación formulados por la recurrente, es admitido, y se casa la sentencia, la que dicte esta Sala no podrá contener otra declaración que la desestimatoria y no cualquiera respecto de las peticiones en las que se solicita «la inscripción libre de embargo de los títulos dominicales que corresponden a los actores», «la cancelación de las inscripciones o anotaciones registrales que contradigan el derecho de los actores». «La condena a los demandados solidariamente a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados y que se causen por la falta de inscripción del dominio y la consecuencia de verse afectados por la anotación registral que motiva la tercería». Todas estas peticiones rebasan los límites del objeto de la tercería.

Admisión de la tercería de dominio, cualquiera que fuera el resultado del juicio instado sobre nulidad de alteración de coeficientes de los copropietarios en un garaje.—Los terceristas poseen las plazas adquiridas, unas por documento privado, otras por documento público, de personas que a la sazón tenía poder de disposición sobre las porciones indivisas transmitidas, y con título y tradición, que son medio de adquisición del dominio según el artículo 609 CC, amén de tratarse de fincas que cualquiera que sea el resultado de la declaración de nulidad de las escrituras de alteración de los coeficientes en la comunidad de propietarios, es evidente que hay razón suficiente para, prescindiendo de la excepción de litispendencia que deja imprejuzgada la tercería, entrar a decidir sobre el fondo, con solución que no es otra que la estimatoria, ordenando el levantamiento de los embargos trabados en garantía de un crédito por el constructor del edificio y copropietario, como titular de plazas de garaje, y en consecuencia casarse la sentencia, y dictar la que proceda, según el artículo 1715, prescindiendo del análisis individualizado de los motivos de casación, dado el carácter de orden público que tiene el proceso. (STS de 22 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Los copropietarios de un garaje interpusieron una tercería de dominio contra la sociedad inmobiliaria que vendió las participaciones en dicho local y el acreedor de ésta, que había embargado ese bien. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial rechazaron la tercería por motivos de litispendencia, al estar pendiente de decisión un juicio sobre nulidad de la alteración de los coeficientes de los copropietarios sobre el garaje, unilateralmente realizada por la sociedad inmobiliaria vendedora. El TS admitió el recurso de casación y la tercería de dominio interpuesta. (L. F. R. S.)

56. Para dividir el terreno no edificado de las urbanizaciones es preciso el acuerdo unánime de los copropietarios.—La jurisprudencia dominante atribuye a las demasías superficiales la consideración de elemento común de la urbanización. Y esta Sala, con evidente acierto, distingue dos clases de elementos comunes: los esenciales (las cimentaciones, los muros, el solar propio de la edificación ...) y los accidentales. Aquéllos nunca podrán ser objeto de negociación separada y serán inherentes (por cuotas) a los diferentes pisos, locales o chalets.

Por el contrario, los elementos comunes accidentales podrán acceder a los circuitos de la libre negociación y al posible reparto entre los diferentes propietarios por la voluntad de los mismos. Como dicen las SS de 12 de noviembre de 1969, 27 de abril de 1976, 6 de junio de 1979 y 5 de junio

de 1989, para ello se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación.

Así las cosas al no haberse cumplido entre partes dicha exigencia insoslayable y aun reconociendo la seriedad de las argumentaciones del recurrente, debe rechazarse la procedencia de la casación, imponiéndole las costas y la pérdida del depósito constituido. (STS de 26 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes ejercitaron acción de división sobre los terrenos no construidos de una urbanización, alegando que no es aplicable por analogía el régimen de la propiedad horizontal. El Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron. Este último órgano jurisdiccional resaltó el dato de que la urbanización se había constituido en régimen de propiedad horizontal y que en este modelo, para desafectar los bienes comunes accidentales, es preciso contar con el acuerdo unánime de los copropietarios, requisito que no se cumple en el supuesto de hecho enjuiciado. (L. F. R. S.)

57. No cabe aplicar el artículo 37 LPI en el caso de reproducción de un cartel en forma de sello.—La poco clara construcción del motivo hace difícilmente captable la intención que lo guía: si poner de relieve que la reproducción del originario cartel estaba autorizada para reproducciones posteriores por cualquier medio, en cuyo caso nada tienen que ver dos preceptos que se dicen infringidos, o bien pretender la aplicación del artículo 37 de la Ley, que tampoco puede prosperar, pues la Administración Postal no es en sí misma de los establecimientos que específicamente señala el precepto, ni la reproducción se ha realizado «exclusivamente para fines de investigación». Por supuesto, en la sentencia recurrida no aparece esa confusión entre «divulgación» y «reproducción» de la obra.

Corresponde a la Administración probar que tenía autorización del autor para reproducir la obra.—Uno de los aspectos esenciales de este pleito es, desde luego, si la reproducción estaba autorizada por el actor. En el motivo se alude a un contrato que celebró con la Dirección General de Bellas Artes para el primer cartel. Ciertamente que no se ha traído a los autos, pero es a la Administración a la que correspondía probar que tenía autorización para posteriores reproducciones y las formas de realizarla, de acuerdo con el artículo 1214 CC, como hecho impositivo o extintivo de la acción, que el actor la base en el hecho negativo de la falta de autorización.

Aplicación a la propiedad intelectual de la presunción de libertad de cargas.—Además, no hay razón para no aplicar a la propiedad intelectual la doctrina jurisprudencial según la cual la propiedad se presume libre de cargas o limitaciones (SS de 14 de mayo de 1992, 23 de junio de 1995 y 14 de octubre de 1996, entre otras). La concesión de un derecho de reproducción incondicionado y sin plazo no hay duda que limita el contenido del autor del cartel litigioso, por lo que debía ser probada su existencia por la Administración demandada.

Alteración de la obra original por omisión y adición.—Basta con comparar el cartel original y el sello para comprobar que en éste se ha omitido por completo el apellido de su autor, que en letras no pequeñas figuraba en aquél, con cuyo apellido se quiso identificar como tal autor. El sello, reproducción alterada (como se verá en el siguiente motivo) del cartel, se hace a los treinta y ocho años de distancia de su publicación y divulgación, por lo

que es razonable y legítimo que el actor, hoy recurrido, quiera que se conozca públicamente la autoría, por la difusión nacional e internacional del efecto postal. La Administración demandada, por otra parte, ni siquiera ha probado la imposibilidad de reproducción del apellido, ni la imposibilidad de utilizar cualquier otro metido (*sic*) de identificación, ni la inutilidad de que aparezca en el sello por ser nacional e internacionalmente famoso su autor, de modo que la visión del sello se asocie inmediatamente con él, a pesar de haber transcurrido tanto tiempo desde el anuncio del primer festival.

El añadido de una capilla altera la concepción artística que tuvo el autor.—La Administración demandada ha efectuado una alteración en el cartel que reproduce, consistente en añadir al conjunto una capilla rematada por un crucero donde nada figuraba. Es claro que ello, aunque no quite belleza a la que irradia de la obra original, altera la concepción artística que tuvo el autor, por lo que no se ve por parte alguna que no se hayan atacado intereses legítimos suyos siempre respetables. Tampoco es atendible la aplicación analógica que se pretende porque el medio no exige en absoluto tamaño añadido, ni se ha demostrado que el autor haya cedido nada. Estamos ante una reproducción de una bella obra original sin su consentimiento y, además, alterada o modificada, así de simple. (STS de 15 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El autor de un cartel contrató en 1952 con la Dirección General de Bellas Artes la divulgación de su obra. En 1988, el Estado reprodujo como sello el cartel mencionado, sin consentimiento del autor. Además, alteró la obra, pues eliminó del cartel el apellido del autor e introdujo una capilla. El autor reclamó, solicitando una indemnización por daños y perjuicios morales. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS admitieron la demanda. (L. F. R. S.)

58. Carecen de interés para realizar el recurso de casación los codeemandados que fueron absueltos en la instancia.—*Ab initio*, la Sala que juzga, tiene que anticipar la improcedente formalización del recurso de casación por los codemandados citados al margen de doña Catalina M. M., por cuanto que, fue ésta la únicamente condenada, y que todos ellos fueron absueltos en la sentencia dictada por la repetida Audiencia, al resolver el recurso de apelación, por lo cual, es obvio, carecen de interés para mantener el presente recurso, lo que, deriva que, al formalizarlo conjuntamente con citada codemandada, sólo deberá ser contemplado en lo que afecte precisamente a esta parte condenada.

La vulneración de la disciplina de la abstención no es vicio relevante para decretar la nulidad de actuaciones.—Sin perjuicio de que se constate esa vulneración de la disciplina de la abstención (en la idea de que el Acuerdo de la Audiencia de 4 de junio de 1993 —f. 109 autos 1.ª Instancia—, de no estimar dicha abstención, se dictó tras haber transcurrido el plazo imperativo de los cinco días que previene el artículo 222.1.º, y que determinó la correcta resolución de la titular así abstenida, al apartarse definitivamente del asunto según Providencia de 3 de mayo de 1993 —f. 91 autos—) no parece adecuado que sea el vicio relevante para, incluso, por razones de economía procesal, se tenga que decretar la nulidad, y retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la susodicha irregularidad, porque, además, de no haberse reproducido ese particular ni en el escrito de resumen de pruebas —f. 272— ni, sobre

todo, en la vista de la apelación de 8 de junio de 1994, razón por la cual la Sala *a quo* no compulsó dicha incidencia, no se atisba indefensión alguna en razón a que la probidad judicial en su proyección al caso litigioso no se devalúa por diferir la titular del órgano que resolvió en la instancia, por lo cual, procede rechazar el motivo.

La opción de compra de cosa ajena concedida por la usufructuaria de una finca es anulable y no puede ser impugnada por quien provocó el defecto.—Como principio la usufructuaria no está facultada para conceder una opción de compra, esto es, la adquisición dominical del bien que es objeto del arrendamiento, porque no le pertenece, sin embargo, se razona, para descartar la nulidad radical y apreciar la anulabilidad en el caso de autos, en el FJ 3.º de la recurrida, que el contrato suscrito no estaba viciado de nulidad radical, sino simplemente anulable, y deviene nulo, solamente al no haber adquirido la propiedad que se comprometió a vender la optataria, lo que hace imposible su cumplimiento por parte de la misma; que por tanto, esa opción es por completo ineficaz respecto a los demandados no propietarios, por lo que debe ser anulada de acuerdo con lo previsto en el artículo 1300 CC; o lo que es igual, que habida cuenta que la ejecutoriedad de ese contrato de opción, sería un evento de futuro, nada obsta que mientras transcurre el tiempo desde que se constituyó el contrato hasta que se ejercite, en su caso, la opción, pudiera perfectamente, haber devenido en propietaria la usufructuaria arrendadora, lo cual aboca, en la inicial validez del contrato de arrendamiento y, la opción adosada sin perjuicio de ser luego, objeto del reajuste, tras lo que acontezca, en cuanto a la supuesta cualidad dominical de la arrendadora, aparte todo ello, en que no es posible instar cualquier clase de nulidad de un contrato con base en una carencia o vicio precisamente provocado por la misma parte que postula dicha nulidad, esto es, la usufructuaria-arrendadora y hoy recurrente conforme a la sanción prevista en el artículo 1302 CC. (STS de 30 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La usufructuaria de una finca concedió una opción de compra a los arrendatarios de la misma, sin contar con el consentimiento de los propietarios. Los arrendatarios demandaron a la usufructuaria y propietarios ejercitando su derecho de opción, solicitando subsidiariamente, para el caso de que no se accediera a su petición principal, que se le indemnizara por los daños ocasionados por el incumplimiento de dicha opción. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la admitieron parcialmente, condenando a la usufructuaria a indemnizar los gastos de mejora realizados por los arrendatarios. (L. F. R. S.)

59. El artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario. Cuestión nueva.—No procede en casación introducir una cuestión nueva, como en el caso se pretende al invocar el artículo 10 LRMH, porque se incurriría en indefensión de la parte recurrida, que no tendría ya ocasión de demostrar el fraude al que dicho precepto se refiere. *Obiter dicta*, se afirma que el artículo 10 citado establece una excepción al principio de nulidad absoluta del artículo 878.II CCO, lo que no implica que deje por ello de aplicarse el artículo 880.4.º del mismo texto legal, «máxime si, como en el caso, se reconoce la deuda por el deudor, pero no se justifica íntegramente su origen y cuantía». (STS de 22 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Declarada la quiebra de don J. P. J. por auto de 11 de abril de 1991 y fijada la fecha de retroacción al 27 de febrero de 1988, el depositario de la quiebra impugna una hipoteca constituida por el quebrado en favor de una entidad de crédito el 8 de febrero de 1989 en virtud de deuda anterior. En primera instancia se declara la nulidad de la hipoteca y de las actuaciones realizadas conforme a la misma. La Audiencia confirma la anterior. En casación, se alega por la parte recurrente la infracción por inaplicación del artículo 10 de la LRMH. (C. J. D.)

DERECHO DE FAMILIA

60. Durante la vigencia de la comunidad postganancial no se aplica el artículo 1384 CC.—Recaída sentencia firme de separación matrimonial, se produce la disolución de la sociedad de gananciales de manera automática y por ministerio de la ley, según se desprende del artículo 1392 CC, cuando preceptúa que la sociedad de gananciales concluirá «de pleno derecho». Una vez producida, en la forma dicha, la expresada disolución, los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. Si durante la vigencia de la sociedad de gananciales (constante el matrimonio) el cónyuge a cuyo nombre figuraran o en cuyo poder se encontraran unos títulos valores podía, por sí sólo, disponer de los mismos (no obstante su naturaleza ganancial), por así facultarlo el artículo 1384 CC, una vez disuelta *ope legis* la sociedad de gananciales, como consecuencia de la sentencia firme de separación matrimonial (núm. 3.º del art. 1392 CC), ya desaparece o se extingue dicha facultad, al no continuar tales bienes sometidos ya (en cuanto a su administración y disposición) a las normas reguladores de la sociedad de gananciales, por lo que la disposición de tales títulos valores (como la de cualquier otro bien originariamente ganancial) habrá de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, estando tal acto dispositivo viciado de nulidad radical, si lo realiza uno solo de los cónyuges, como ocurrió en el presente supuesto litigioso, en que, habiéndose decretado por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990 la separación matrimonial de los cónyuges don José Manuel P. G. y doña María de las Nieves A. M., después de ello (concretamente el día 16 de octubre de 1990) el esposo don José Manuel P. G., por sí sólo, vendió las doscientas ocho acciones de la entidad mercantil *Plaza de España, Estación de Servicio, S. A.* (que eran gananciales), cuyo acto dispositivo, volvemos a decir, es radicalmente nulo, ya que para la realización del mismo era imprescindible el consentimiento también de la esposa (separada) doña María de las Nieves A. M., sin que quepa aducir la buena fe de la sociedad compradora de las referidas acciones, ya que dicha sociedad, de carácter

eminentemente familiar (formada solamente por cuatro socios, tres de ellos unidos por vínculos familiares al esposo don José Manuel P. G., y el cuarto fue el que representó a la sociedad en la compraventa aquí impugnada) conocía plenamente la situación conflictiva de los cónyuges don José Manuel P. G. y doña María de las Nieves A. M., la separación provisional de los mismos, decretada judicialmente, la existencia del proceso de separación matrimonial entre ellos y la oposición de la esposa doña María de las Nieves A. M. a que se llevara a efecto, por su esposo, la venta de las referidas acciones. (STS de 31 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Después de la firmeza de la sentencia que decretaba su separación matrimonial, el marido vendió acciones nominativas a una sociedad, formada en su mayor parte por familiares del vendedor. La esposa demandó a su marido y a la compradora, solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa, por tener carácter común las acciones vendidas. El TS admitió el recurso de casación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, declarando la nulidad del contrato de compraventa, al estimar que el artículo 1384 CC no está vigente después de la disolución de la sociedad de gananciales y en todo acto de disposición de bienes comunes se precisa el consentimiento de los copartícipes. De todos modos, la sentencia deja entrever que podría seguir aplicándose el precepto mencionado si los compradores hubieran tenido buena fe, por ignorar que la sociedad de gananciales estaba disuelta. (*M. C. B.*)

61. La opción concedida en el artículo 1373 CC en caso de embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge puede ejercitarse en un incidente en el proceso de ejecución.—La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el artículo 1373 CC parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo (embargo definitivo o embargo preventivo); cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la S de 29 de octubre de 1984, en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse en ciertos casos, la tercería de dominio, como así entendió la S de 17 de julio de 1997.

El embargo sobre bienes gananciales por la vía del artículo 1373 CC no comprende las costas procesales.—Ante una importante obligación de pago por razón de un contrato de fianza, cuyo embargo da pie a la aplicación del artículo 1373 CC es ridículo pretender que el embargo cubre también las costas; éstas, cuando quedan perfectamente tasadas, podrán requerirse de pago y, si preciso fuera, provocar un embargo distinto, pero no se pretenda que el importante embargo para garantizar la obligación principal, sea también para costas e impida la correcta aplicación del artículo 1373 CC.

El incidente en proceso de ejecución es el procedimiento más adecuado para ejercitar la opción prevista en el artículo 1373 CC.—El procedimiento que se estima más adecuado es el incidente en proceso de ejecución, que es el seguido en el presente caso. En él no se resuelve nada que esté fuera de la sentencia dictada en el proceso principal, sino que se ejercita la opción que permite el artículo 1373 CC. (STS de 12 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria promovió un procedimiento de menor cuantía contra un deudor, su hijo y su esposa, solicitando, en primer lugar, la nulidad de un contrato de préstamo y, en segundo lugar, formulando una acción de reclamación de cantidad, pretensión esta última que sólo se ejercitó respecto de los dos primeros demandados, pero no en relación a la tercera. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando expresamente que la deuda era propia o no ganancial, condenando al deudor junto con su hijo al pago de la cantidad reclamada. En ejecución de la sentencia recaída, se embargaron bienes gananciales del deudor y su esposa, a la que se notificó la existencia de la traba efectuada. El cónyuge del deudor promovió un incidente para ejercitar la opción prevista en el artículo 1373 CC, en el sentido de sustituir el embargo de bienes gananciales por el embargo sobre los bienes que se adjudique el deudor, una vez efectuada la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión, pero la Audiencia Territorial y el TS la admitieron, estimando que el incidente en ejecución de sentencia es el procedimiento idóneo para ejercitar la mencionada opción, aunque uno de los magistrados del TS emitió un voto particular, por estimar que el procedimiento idóneo es la tercería de dominio.

NOTA.—La solución de considerar idóneo el procedimiento de incidente descarta otras dos posibilidades, la simple comparecencia y la tercería de dominio, que hasta el momento se habían barajado en la práctica y admitido por los Tribunales. La solución del incidente en fase de ejecución tiene la virtud de evitar los problemas de admisibilidad que presenta la tercería de dominio cuando se han embargado bienes gananciales y la ejercita el cónyuge no deudor. Una tendencia jurisprudencial constante, representada últimamente por las SSTS de 29 de abril de 1994, 18 de marzo de 1995, 26 de junio y 8 de julio de 1997, viene rechazando esta tercería de dominio, argumentando que el cónyuge tercerista no tiene la cualidad de tercero. (*M. C. B.*)

62. Carácter transaccional del convenio regulador de la separación matrimonial.—El recurrente no combate la posible ineficacia del convenio regulador, ni tampoco dedujo pretensión de su modificación, que autoriza el artículo 90 CC, sino que lo margina, al prescindir por completo del mismo y con ello de la sanción judicial que lo estableció como válido, así como de su eficacia vinculante para las partes, toda vez que opera como una efectiva transacción, en la que no cabe más causas de ineficacia que las enumeradas en el artículo 1817 en relación al 1816 CC (S de 8 de marzo de 1995).

La omisión del pasivo en la liquidación de la sociedad de gananciales no la priva de eficacia, pues cabe completar y adicionar la partición.—El hecho de que en el Convenio se haya omitido todo el pasivo no le quita eficacia y se mantiene subsistente, pues lo que procede es que se complete y adicione con lo olvidado (S de 20 de noviembre de 1993), conforme autoriza el artículo 1079 CC, al que remite expresamente el 1410 (*favor partitionis*).

Amplia libertad formal en la liquidación de la sociedad de gananciales.—Las operaciones divisorias gananciales no están sometidas a reglas encorsetadas y rígidas, ya que impera una amplia libertad formal, reconocida

por la doctrina jurisprudencial, que opera con plena eficacia cuando se actúa dentro del cauce de la legalidad, como es el caso que nos ocupa.

Va contra sus propios actos la persona que suscribe el convenio regulador de la separación y posteriormente lo impugna.—La impugnación planteada viene a contradecir los propios actos del recurrente, constitutivos de estados fáctico-jurídicos, toda vez que contribuyó a la elaboración del convenio y lo aceptó en todas sus consecuencias, al no haber hecho reserva expresa alguna.

Validez de convenio extrajudicial liquidador del pasivo de la sociedad de gananciales.—Una vez homologado el convenio —en otro caso carecería de eficacia procesal—, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial, lo que aquí concurre, al haber fijado de conformidad el pasivo pendiente de liquidación, y ningún precepto impide reclamarlo al otro ex-cónyuge que resulte deudor del mismo. (STS de 23 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora demandó a su marido, reclamándole una cantidad, en concepto de liquidación del pasivo de la sociedad de gananciales, y otra, en concepto de deuda alimenticia. El demandado se opuso a la demanda, solicitando en reconvención que se procediera a una nueva liquidación de los bienes gananciales. El Juzgado de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda condenando al marido al pago de la cantidad reclamada por la esposa en concepto de liquidación de la sociedad de gananciales, y desestimando la reconvención. La Audiencia Provincial y el TS ratificaron esta decisión, dando por válida una liquidación complementaria del pasivo ganancial, efectuada por los cónyuges al margen del convenio regulador de la separación. (M. C. B.)

63. Carácter procesal de la DA 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 y del artículo 90, párrafo 2.º, CC.—La DA 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 es una norma de carácter procesal, reguladora de un determinado tipo procesal para la tramitación de determinadas causas de separación y divorcio, sin que de ella surjan derechos y deberes de naturaleza civil, por lo que tal norma es inhábil para fundar sobre ella un recurso de casación al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC, es decir, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; igual reproche cabe hacer respecto a la invocación del artículo 90, párrafo 2.º, CC, que no obstante su inclusión en este Cuerpo legal sustantivo, presenta naturaleza procesal en cuanto va dirigido al Juzgador indicándole los criterios que ha de tener en cuenta para aprobar o no la propuesta de convenio que le ha sido sometida a homologación así como la forma que ha de adoptar la resolución denegatoria de la aprobación.

Carácter contractual de los convenios reguladores de la separación o divorcio.—Como tiene reconocido esta Sala (SS de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993, 24 de abril y 19 de diciembre de 1997), la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así estable-

cidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 CC un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributivo de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.

Validez de los pactos que los cónyuges realicen al margen del convenio regulador de la separación o divorcio.—Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 CC, pues como dice la sentencia de 22 de abril de 1997 «no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico».

Los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación pecuniaria son los intereses moratorios, por lo que no es procedente incluir otros perjuicios.—Calificada así de morosa la conducta incumplidora del demandado, las consecuencias indemnizatorias son las establecidas en el artículo 1108 CC, según el cual la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal, y así lo ha establecido desde antiguo la doctrina de esta Sala entre cuyas resoluciones más modernas pueden citarse: S de 23 de enero de 1985, «en supuesto como el que nos ocupa (reclamación de cantidad de dinero, se aclara ahora) y por aplicación del mandato del artículo 1108 CC, la indemnización de daños y perjuicios se transforma en el abono de los intereses legales»; S de 12 de febrero de 1986, «el interés legal del dinero que, como indemnización de daños y perjuicios contempla el artículo 1108 CC a cargo del deudor, está condicionada según la propia norma y en el mismo sentido del artículo 1101 CC a que el obligado haya incurrido en mora, esto es, en un retraso o incumplimiento culpable, cuya existencia y prueba es cuestión de hecho y como tal de apreciación en la instancia»; S de 15 de noviembre de 1989, «es claro que incurrió en mora en el cumplimiento de esa principal obligación contractual lo que hace surgir, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, indemnización consistente en el abono de los intereses pactados»; S de 12 de marzo de 1991, «los intereses moratorios cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual»; en igual sentido, S de 13 de abril de 1992. Se configuran así los intereses moratorios, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de reclamación de cumplimiento de obligaciones dine-

rarias, de acuerdo con los términos del artículo 1108 CC, como una indemnización de carácter tasado que si libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño, impide, por otra parte, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada y el sentir de la doctrina civilística mayoritaria exigir y probar la existencia de un daño mayor.

Moderna interpretación jurisprudencial sobre el principio *in illiquidis non fit mora*.—Interpretando el principio *in illiquidis non fit mora*, la más moderna doctrina jurisprudencial (S de 22 de octubre de 1997 y las en ella citadas) entiende que no es aplicable cuando la obligación dineraria es totalmente líquida y determinada, sin perjuicio de que al apreciarse ciertos hechos, se haya practicado una deducción determinada o determinable, la cual no excluye la compensación por la devaluación monetaria que la duración del proceso en todas las instancias corresponde establecer, por medio de los intereses, a favor del demandante acreedor, y a cargo de la parte demandada deudora. En el caso, la cantidad reclamada era líquida y determinada, sin perjuicio de que se hayan realizado en la misma ciertas deducciones por razón de haberse percibido por la actora una determinada cantidad previamente a la demanda y otra como consecuencia de la ejecución por la vía de apremio de la sentencia de separación habida entre ellos. (STS de 21 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante interpuso demanda contra su esposo, reclamando el cumplimiento de una obligación pecuniaria contraída por éste en un documento privado perfeccionado el mismo día en que se suscribió el convenio regulador de la separación matrimonial. También reclamaba la actora la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, entre los que se incluían gastos derivados de avales bancarios. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron parcialmente la demanda, condenando al demandado al pago de la deuda pecuniaria contraída en el documento privado suscrito y a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. El TS admitió parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandado, en el sentido de considerar que sólo se debía indemnizar como daños y perjuicios los llamados intereses moratorios, excluyendo la indemnización de los perjuicios de otra índole. (M. C. B.)

64. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. La simple negativa a someterse a las pruebas biológicas, cuando no viene acompañada de otras pruebas, no es suficiente para declarar la paternidad.—El problema casacional queda circunscrito a la pregunta de si la mera negativa a la prueba biológica es suficiente de por sí para declarar una paternidad no matrimonial. Tal como se recoge en la S de esta Sala de 22 de junio del corriente año 1998, «la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una *ficta confessio*, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad», pues «constituye un muy valioso indicio probatorio cuando concurren otras pruebas que evidencian la existencia de las relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes y la probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos que puedan ser las determinantes de la paternidad reclamada». Y tal doctrina, absolutamente reiterada y constante, informa no sólo las sentencias citadas por la Audiencia y el Juzgado, sino también

las de 12 de diciembre de 1997, 4 y 18 de julio y 10 de octubre de 1996, 8 de mayo, 16 de junio o 7 de octubre de 1995 y aquéllas en las que el recurrente trata de apoyar su motivo (14 de julio de 1998 y 24 de enero de 1989, en las que se contempla, junto a la negativa, la concurrencia de otras pruebas o principio de ellas), por citar solo los últimos años, con la única aclaración de que en todas se daba esa concurrencia de otras pruebas, salvo en la de 18 de julio de 1996, en la que se dice que al no existir prueba de la que inferir la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción del menor, no se puede dar valor y eficacia de confesión a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas. (STS de 4 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, que fue rechazada por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS. Alegaba la demandada en su recurso de casación que el demandado se había negado a realizar las pruebas biológicas. El TS reiteró la poca consistencia de la prueba practicada sobre las presuntas relaciones mantenidas entre las partes, unido al hecho de que los testigos aportados tenían interés directo en el resultado del litigio. (M. C. B.)

65. Valor como prueba testifical de la realizada en un proceso de reclamación de filiación extramatrimonial.—Independientemente del aludido defecto procesal, son de hacer las siguientes consideraciones: *a)* El demandado-actual recurrente, ni en su escrito de contestación a la demanda, ni en ningún otro presentado en la primera instancia y segunda instancia, ha formulado reparo alguno acerca de la inobservancia formal sobre la exigencia de procedibilidad. *b)* Tampoco, formuló ningún reparo o protesta a la proposición de prueba testifical de la contraparte —que se remitió a la «practicada y que obra en autos»— ni respecto a la providencia de tener por admitida y pertinente la misma, ni, siquiera, por vía de invocación de un incidente de nulidad de actuaciones, consideración ésta, que unida a la anterior, autoriza a entender que en el motivo se viene a plantear una cuestión nueva. *c)* el demandado dispuso de la posibilidad de haber propuesto alguna prueba que desvirtuase el testimonio de la información testifical ofrecida en la demanda, incluso, la testifical de aquellos mismos testigos que depusieron, y *d)* el conjunto de preceptos procesales que se citan en el motivo se refieren a la regulación de la prueba de testigos en los juicios declarativos, por lo que no cabe ponerles en relación con el civil 127.2. Las consideraciones que anteceden y las expuestas en el precedente fundamento permiten concluir que el Tribunal *a quo* no incurrió en la infracción denunciada en el motivo examinado, lo que origina su claudicación.

Dado que la fundamentación del motivo radica, substancialmente, en la doctrina mantenida por la STC, de fecha 17 de enero de 1994, resulta conveniente resaltar determinadas orientaciones que de ella se desprenden, como por ejemplo, entre otras, las siguientes: 1) La resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, no pudiendo considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, ni atentatoria, tampoco, al pudor o recato personal, y no puede constituir *per se* una injerencia prohibida. 2) Las pruebas biológicas que conllevan la práctica de una intervención corporal sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionales protegidos, de suerte que cuando la evidencia sobre la paternidad

pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos, los que no pueden imponerse cuando puedan suponer un grave riesgo o quebranto para la salud. 3) La medida judicial debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión a la intimidad e integridad física o moral del afectado, y la finalidad a la que sirve, cuya ponderación debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida, que ha de razonarse en la decisión judicial. 4) Desde estas coordenadas, el demandado sólo podría legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera concurrir un gravísimo quebranto para su salud. Y 5) todo ello conduce a que sólo se disponga la realización de las pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesaria para establecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación. (STS de 28 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora y el demandado mantuvieron relaciones íntimas de carácter sexual desde 1986 hasta marzo de 1992. Pocos meses antes de que naciera el segundo hijo de la actora, el demandado residió con ella en un piso situado en Antequera, haciéndose pasar por un matrimonio en compañía del primer hijo. El demandado llegó a admitir frente a terceros la paternidad de sus dos hijos. En el año 1993, la actora interpuso demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial respecto de sus dos hijos. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS admitieron la demanda, valorando conjuntamente las pruebas practicadas y la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. (M. C. B.)

66. Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad marital por transcurso de un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.—El motivo en los términos en que está planteado no puede prosperar, ya que, habida cuenta la taxatividad, del citado artículo 136 CC, no cabe duda de que el marido sólo podrá ejercitar, la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, —salvo que ignore el nacimiento— por lo que es evidente, que ejercitada esta acción, con casi más de veinte años desde que se produjo dicha inscripción, habrá de mantenerse el recto razonamiento de la sentencia.

No se aplica al supuesto de presunción de la paternidad marital las reglas sobre impugnación del reconocimiento, por error padecido por el que lo realizó.—Tampoco prosperan ambos motivos, por cuanto pretenden basar la acción impugnatoria de paternidad matrimonial, en lo dispuesto en los artículos 141 CC y 14 de la Ley de Filiaciones de Cataluña, en el sentido de que hubo error en el consentimiento o reconocimiento por el actor de la filiación matrimonial de los hijos habidos con la demandada, frente a lo que prevalece al efecto cuanto se razona en el FJ 41 de la sentencia recurrida, en el sentido de que el citado artículo 141, solamente contempla cuando ha existido un reconocimiento expreso como cauce para acceder a la matrimonialidad de los hijos, pero que en el caso de autos tal reconocimiento no ha tenido lugar, sino que ha jugado sin más la presunción del artículo 116 CC, (ínsita en el *Pater est is qui iustae nuptias demonstrant, nisi...*) esto es, el valor de

presunción *iuris tantum* de que son hijos matrimoniales los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o separación.

No es necesaria la prueba hematológica para demostrar la no paternidad en caso de esterilidad del marido.—De la propia lectura de la demanda se desprende que más que una negativa rotunda, y acreditada, de la paternidad, hay una afirmación de supuestas relaciones adulterinas de la esposa del actor, citando incluso nominalmente a quienes, según el apelante, tuvieron relación sexual con su esposa, y una especie de interés en que se averigüe quién es el padre entre los supuestos amantes de su esposa. Para el logro de su pretensión tal prueba es innecesaria, pues si según el apelante entró en sospechas de su no paternidad por padecer oligospermia, y como consecuencia de ello esterilidad, la prueba estaba a su propio alcance, esto es, acreditar que en el momento de la concepción de los hijos él no podía ser progenitor por ser estéril. En cambio lo único que al respecto aporta como material probatorio es una certificación de un ginecólogo en la que se dice «la pareja Miguel C. e Isabel C. acudieron a mi consulta en el año 71 —*sic*— por motivo de esterilidad, siendo la causa una oligospermia del marido que fue tratada en aquella época con Biobertil M», y al folio 145 obra como declaración testifical la del ginecólogo que diagnosticó y trató la oligospermia, en el que se limita a ratificar los anteriores extremos, pero sin la debida prueba, a través de la pericial correspondiente, de que el marido era realmente estéril en aquel tiempo y lo siguió siendo en los sucesivos años en que fueron concebidos y nacieron los cuatro hijos.

La paternidad presunta del marido sólo puede ser impugnada por los cauces de los artículos 177 o 136 CC.—Habida cuenta las causas determinantes de la matrimonialidad de los hijos habidos entre el actor y la demandada, es llano que, el acceso a dicha condición provino del juego de la presunción, *iuris tantum* del artículo 116 CC, y por tanto, esa presunción sólo puede ser objeto de impugnación si a su tiempo, desconoce la existencia de la misma, por el cauce del artículo 117 o se actúa *ex* artículo 136. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido demandó a su esposa y a uno de sus hijos, solicitando que se declarara su no paternidad. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS rechazaron la demanda, por haberse planteado más de veinte años después del nacimiento de los hijos del matrimonio, excediéndose del plazo de caducidad de un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que establece el Código civil. (M. C. B.)

DERECHO DE SUCESIONES

67. Reconocimiento jurisprudencial de la herencia en favor del alma.—La institución en favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del TS, tanto la anterior como la posterior al Código civil y así la S de 20 de abril de 1906 dice que «es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y lo declarado por el TS en diferentes sentencias, entre ellas en las de 31 de diciembre de 1888 y 2 de

enero de 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don J. B. los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser ésta la suprema ley a que ha de atenderse en materia de sucesión», y la S de 16 de abril de 1927 afirma que «la institución de heredero a favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante».

En la herencia en favor del alma no son herederos el albacea, el Diocesano ni el Gobernador.—No obstante no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esta institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el Diocesano ni el Gobernador a los que se refiere el artículo 747 CC.

La institución en favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes.—El artículo 747 CC contiene una norma interpretativa aplicable en aquellos casos en que la disposición de sus bienes por el testador para sufragio y obras piadosas en favor de su alma se hace «indeterminadamente y sin especificar su aplicación», estableciéndose así una norma de distribución supletoria de la voluntad del testador y que habrá de ceder, como establece la citada S de 20 de abril de 1906, ante la manifestada voluntad de aquél acerca del destino de los bienes dado el carácter de ley suprema de la herencia que tiene el testamento. Dado que en el testamento del causante se estableció, en los términos transcritos en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, el destino de los bienes objeto de la institución a favor de su alma, no resulta aplicable la regla distributiva del artículo 747 CC, que sólo puede entenderse violado en el sentido de reconocerse en el mismo la validez de la institución de heredero a favor del alma en cuanto esta forma de institución no hace adquirir, en concordancia con el artículo 609, párrafo segundo, CC, el dominio de los bienes por la institución o establecimiento favorecido por el destino impuesto por el testador o, supletoriamente, por el artículo 747, que haya de darse a los bienes. Por ello no puede aceptarse por esta Sala la declaración contenida en el fundamento segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de que «la Diócesis de Burgos y... adquirieron por herencia la propiedad del edificio sito en el núm. 7 de la calle Almirante Bonifaz, de Burgos, por partes concretas (la Diócesis la planta baja y el piso primero, ...)», ya que, se reitera, la institución en favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador.

La herencia en favor del alma no confiere el dominio de los bienes a una persona jurídica eclesiástica: sólo faculta para disponer de los bienes y dar al producto de la venta el destino ordenado por el testador.—El Código de Derecho Canónico se refiere al «patrimonio estable» en el canon 1285, sin que en éste ni en ningún otro canon se defina o describa el mismo que un autorizado sector de la doctrina especializada entiende que habrá de estar interesado por bienes que constituyen la base económica mínima y segura para que pueda subsistir la persona jurídica de modo autónomo y atender los fines y servicios que les son propios; como se ha dicho antes, los bienes de

que dispuso el testador en favor de su alma, no han sido adquiridos a título de herencia por persona jurídica eclesiástica alguna, por lo que no pueden estar destinados, tampoco, a atender los fines y servicios de ninguna de ellas; no pueden ser calificados esos bienes como bienes temporales de la Iglesia universal, ni de ninguna Iglesia particular o persona jurídica eclesiástica, pública o privada (canon 1255), porque falta esa adquisición a título de herencia, por lo que no les son aplicables, para determinar su régimen jurídico, los cánones del Código de Derecho Canónico ni los estatutos de persona jurídica eclesiástica alguna (canon 1257), sino que habrán de regirse por la voluntad del testador manifestada en su testamento, suprema ley de herencia. Atribuida por el testador al Exmo. Sr. Arzobispo de Burgos la plena disposición de los bienes, sean muebles o inmuebles, para atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador, ello implica que la enajenación de los mismos no necesitaba, en cuanto no supone sino el cumplimiento de la voluntad del testador, someterse a ningún requisito estatutario o complementario de la mera voluntad del Arzobispo, obligado a dar al producto de la venta el destino ordenado por el testador y no otro, por lo que no resultan aplicables al caso los requisitos previstos en los cánones que se citan en la sentencia recurrida y, en consecuencia, deben ser acogidos los dos primeros motivos del recurso, aunque ello no implica, por sí sólo, la estimación del recurso.

Valor de tratos preliminares y no de oferta contractual.—Fueron los recurrentes quienes, por indicación del señor I., hicieron una inicial propuesta de compra por el precio de 21.250.000 pesetas que no fue aceptada por don José Luis del R., administrador del Arzobispado y representante de la otra copropietaria, quien indicó al señor I. que sería necesaria una oferta mucho mayor para tramitar la venta; asimismo que, en ningún momento, la propiedad del inmueble manifestó al citado testigo que el precio por el que procedería a la venta era el de 25.000.000 de pesetas, sino que esa cantidad fue fijada por los recurrentes a indicación del señor I., quien reconoce que don José Luis del R. no le manifestó que ese fuese el precio de venta; no puede entenderse, por tanto, que existiese una oferta de venta con carácter vinculante para los oferentes al faltar en ella la determinación precisa del elemento precio, esencial del contrato de compraventa; nos encontramos así ante unos tratos o conversaciones preliminares, sin fuerza vinculante alguna ni eficacia para entender perfeccionado el contrato de compraventa que se aduce por los actores. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los arrendatarios de un inmueble demandaron al Arzobispado de Burgos, a Obras Misionales Pontificias para la Propagación de la Fe y al apoderado de ambas para que se declarase la existencia de un contrato de compraventa y se condenase a los demandados a otorgar la correspondiente escritura pública. Se opusieron los demandados alegando que la Diócesis de Burgos era propietaria del edificio en virtud de la herencia en favor del alma que en su favor había dispuesto el anterior propietario y que las conversaciones entre las partes no habían cristalizado en contrato, pues se requería para ello el cumplimiento de los trámites canónicos de enajenación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron. Este último órgano declaró que la Diócesis de Burgos no era propietaria del edificio, pero no admitió el recurso de casación, por tener carácter

de tratos preliminares y no de oferta contractual las conversaciones mantenidas entre los contendientes. (M. C. B.)

68. La sentencia recurrida incurre en el vicio de incongruencia al estimar que era requisito imprescindible la previa liquidación de la sociedad de gananciales.—La única cuestión que han debatido en el proceso es la de que, si una vez fallecidos los dos padres, el contador partidor único (nombrado en el juicio de testamentaría promovido por uno de los hermanos) podía hacer una partición nueva y distinta de la que los padres habían hecho en sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), que es la tesis del demandante (y promotor del juicio de testamentaría) don Francisco L. M., o si, por el contrario, dicha nueva y distinta partición del contador-partidor único era totalmente innecesaria, desde el momento en que los padres ya la habían hecho en las exactamente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 21 y 31 del FJ 1.º de esta resolución) de sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), en las que ambos cónyuges testadores partían entre sus tres hijos los dos únicos y ya referidos bienes (gananciales) integrantes de sus respectivos patrimonios (sin existencia de ningunos otros), a cuya partición había de estarse necesariamente, que es la tesis del demandado, aquí recurrente, don Manuel L. M., y la que había acogido la sentencia de primera instancia, sin que en ningún momento se haya debatido en el proceso si debía haberse hecho previamente la liquidación de la sociedad de gananciales, al fallecer la madre (primero de los cónyuges testadores que falleció), por lo que al entrar la sentencia recurrida a conocer de dicho tema (no planteado, ni debatido, repetimos, por las partes en el proceso) y que era totalmente innecesario, una vez fallecidos los dos padres, los cuales, además, volvemos a decir, no tenían más bienes que los dos anteriormente dichos (que los repartían entre sus tres hijos), ha venido a introducir una cuestión nueva y alterar, por tanto, la *causa petendi*, con el consiguiente incurrimiento en el vicio de incongruencia.

No es necesario liquidar previamente la sociedad de gananciales cuando han fallecido ambos cónyuges y otorgaron un testamento con idénticas disposiciones.—Si bien es cierto que el testador no puede por sí sólo practicar la partición de sus bienes propios incluyendo en ella bienes gananciales (SS de esta Sala de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974, 3 de marzo de 1980, 7 de diciembre de 1988, entre otras), también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, con las muy específicas circunstancias que lo configuran, los padres testadores, que no tenían más patrimonio que dos bienes gananciales (la casa familiar y un trozo de terreno de olivar) y carecían en absoluto de bienes privativos, mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos, otorgados el mismo día y ante el mismo Notario (con lo que no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente), manifestaron su clara e inequívoca voluntad de partir dichos dos bienes comunes únicos entre sus hijos, en la forma que expresan en las totalmente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 21 y 31 del FJ 1.º de esta resolución) de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta (aunque no mancomunada) y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, la que consideraron y la hicieron innecesaria desde el momento en que se legaron recíprocamente (el que muriera antes en favor del supérstite), en pago de sus derechos legítimos (así se dice en el

testamento), el usufructo universal y vitalicio de esos dos referidos bienes, únicos existentes, en la parte que los mismos pudiera corresponder a cada testador, cuya cláusula (que es la tercera de cada uno de esos dos testamentos) fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982.

La partición hecha por el testador hace innecesaria una nueva partición a cargo del contador partididor.—Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1056 CC admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella», dice el precepto—, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la S de esta Sala de 21 de julio de 1986) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, ambos CC, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. (STS de 21 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Los padres de los litigantes otorgaron testamentos idénticos individuales y no mancomunado, en los que disponían de dos bienes inmuebles gananciales en favor de sus tres hijos, asignando el primero a los dos hijos varones, y el segundo a la hija. Fallecidos ambos testadores, uno de los hijos formuló demanda de juicio voluntario de testamentaría, al objeto de realizar la partición de la herencia. Se opuso su hermano, aduciendo que la partición ya había sido realizada por los testadores. Ante la falta de conformidad, se siguió el procedimiento por el trámite del juicio declarativo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y acogió los argumentos del demandado. La Audiencia Provincial también rechazó la demanda, pero por el hecho de no haberse practicado la previa liquidación de la sociedad de gananciales de los causantes. El TS admitió el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado, declarando que no era necesario proceder a la nueva partición, pues había que respetar la que hicieron los testadores. (M. C. B.)

69. Diferencia entre el testamento del Derecho común y el heredamiento del Derecho foral catalán.—Pero verdaderamente el ordenamiento jurídico relacionado con la *litis* no es sólo el derecho común, sino también y preponderantemente el derecho foral catalán.

Los bienes vendidos formaban parte de un patrimonio vinculado a un heredamiento. Y el negocio impugnado violaría, según el recurrente, el artículo 79 del *Codi de Successions*, según el cual «los actos de disposición a título oneroso que de sus bienes el heredante realice serán anulables cuando sean otorgados en fraude del heredamiento...».

Para el actor la enajenación tiene una causa ilícita y por ello invoca el artículo 1275 CC. Pero en el derecho común cualquier persona puede transmitir sus bienes a título oneroso sin cortapisas de futuribles hereditarios, ya que la herencia la constituyen los bienes que subsisten al acontecer el óbito del causante.

En derecho foral catalán es diferente, pues como hemos visto se pueden impugnar las disposiciones a título oneroso si alentara en ellas el deseo de defraudar el heredamiento.

La diferencia de regulación es perfectamente lógica. En el derecho civil común, la transmisión sucesoria de tipo voluntario se apoya en el testamento, que es un acto unilateral, unívoco, del causante. Por el contrario, el heredamiento provoca la institución contractual de heredero, se apoya en un acto bilateral, plasmado en las capitulaciones matrimoniales y los otorgamientos en él implicados vinculan a las partes contratantes, no pudiendo alterarse unilateralmente por un acto dispositivo de uno de los contratantes-heredantes, que, de otro modo, podría de esta forma zafarse de una posible institución de heredero universal. (STS de 28 de diciembre de 1998; se remiten las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.)

HECHOS.—El demandante y su esposa demandaron a la hermana del primero, solicitando la declaración de nulidad de un contrato de compraventa que la madre del primero y la tercera otorgó en favor de ésta, por ilicitud de la causa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial la estimó. El TS consideró que era un supuesto en el que resultaba aplicable el Derecho civil foral catalán y remitió las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (M. C. B.)

DERECHO MERCANTIL

70. Protección derecho de marca. Semejanza de signo distintivo utilizado.—La Ley de Marcas en sus artículos 30 y 31 concede al titular de la marca el derecho exclusivo a utilizarla en su actividad profesional, poniendo a su disposición acciones legales frente a terceros que utilicen en el tráfico económico, sin su consentimiento, una marca o signo idéntico o semejante. La Ley emplea el adjetivo «semejante», que no significa «igualdad» plenamente coincidente, sino «parecido», «imitado» o que «cabe equiparar». En este caso, la diferencia entre los signos distintivos empleados es la preposición «de» (la marca es «Antoñita Linares» y el signo utilizado por los demandados, «Antoñita de Linares») que carece de capacidad diferenciadora suficiente y, por tanto, cae dentro de la prohibición de uso.

Protección derecho de marca. Principio de especialidad. *Ius Prohibendi* y peligro de asociación.—En el ámbito de protección de la Ley rige, como principio básico, el «principio de especialidad», es decir, la limitación de la tutela jurídica otorgada al titular de la marca al sector de productos o servicios para el que ha sido concedida. En el ámbito del *ius prohibendi*—prohibición del uso de la marca a terceros sin autorización—, el artículo 31, tras hacer velada referencia al mencionado principio, ofrece protección al titular de la marca cuando la semejanza entre los signos y la similitud entre los productos y servicios pueda «inducir a errores». Esta expresión, inexis-

tente en lo que concierne a las prohibiciones de registro (el art. 12 habla de «peligro de confusión o de asociación»), permite al TS entender que el ámbito de protección del *ius prohibendi* es más amplio y puede operar aunque no se trate de productos o servicios idénticos o similares. Debe evitarse el riesgo de asociacionismo bajo la creencia de que el titular de la marca registrada patrocinó o autorizó de alguna manera los servicios llevados a cabo con su empleo por el tercero –en nuestro caso el riesgo es que los consumidores asocien una eventual autorización por parte de «Antoñita de Linares» para que se utilice su personaje en un anuncio publicitario algo degradante.

Infracción del derecho de marca. Acciones indemnizatorias.—Por remisión del artículo 31, el artículo 35 señala que el titular de la marca podrá ejercer las acciones civiles y penales que le correspondan contra quienes lesionen su derecho. En este caso corresponde una indemnización de daños y perjuicios que incluye tanto el daño emergente (daños morales) como el lucro cesante (lo que hubiera costado al infractor conseguir la licencia de uso de la marca). (STS de 18 de febrero de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña A. M. P. titular de marca (nombre artístico), insta juicio ordinario de menor cuantía contra RENFE y E. V. P., solicitando indemnización de daños y perjuicios (10.000.000 por concesión de licencia no solicitada y 5.000.000 por daños morales, violación arts. 30-31 y 37-38 LM) causados por infracción del Derecho de exclusiva de la marca registrada (utilización de signo distintivo similar en campaña de publicidad por los demandados). El Juzgado de Primera Instancia desestima demanda. La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia de la instancia. El TS casa y anula la sentencia recurrida y estima parcialmente la demanda de la recurrente, condenando solidariamente a las partes a abonar la cantidad que se estime en ejecución (máximo de 10.000.000 por concesión de licencia no solicitada y 3.500.000 por daños morales).

NOTA.—La inaplicación del «principio de especialidad» constituye una actitud relativamente común en el TS, en algunas ocasiones rozando la interpretación *contra legem*. En el caso que ocupa a la sentencia, debe hacerse notar que probablemente existiera una alternativa a la acción por violación del derecho de marca, consistente en acudir a la vía de los actos de denigración de la Ley de Competencia Desleal, una solución más sencilla o, cuanto menos, más ajustada a la letra de la Ley –pero que, obviamente, hubiera requerido la alegación del motivo por la parte actora, lo que no se aprecia en los hechos. (I. T. M.)

71. Contrato de seguro de accidentes corporales. Interpretación de cláusulas generales limitativas.—La pretensión de la aseguradora de aplicar un artículo de las cláusulas generales contenidas en la póliza de carácter limitativo, sólo tendrá éxito si va acompañada de una serie de requisitos: la cláusula debe estar redactada de manera clara y precisa; debe destacarse de modo especial; y, por último, debe haber sido aceptada expresamente por el asegurado (art. 3 LCS). Estas cláusulas, por tanto, únicamente tienen valor y obligan a quien las suscribe si de forma taxativa y determinante, sin rescios a la posible duda, han sido debidamente aceptadas. La jurisprudencia ha reiterado (a modo de ejemplo, ver SSTs de 1 de abril de 1981 y de 3 de febrero

de 1989) la preponderancia de las condiciones particulares sobre las generales si resultan más beneficiosas para el asegurado. Cualquier duda interpretativa que pueda surgir se entiende siempre a favor de aquél que no las ha redactado (art. 1288 CC).

Reclamación del capital. Consideración conjunta del daño.—Ante la existencia de un accidente laboral y la subsiguiente producción de lesiones varias, cuando el resultado final sea la irreversible secuela de impedir al accidentado toda posibilidad de actividad laboral futura, la consecuencia debe entenderse como un todo unitario no susceptible de división. De este modo, el asegurador no puede, porque ello le beneficie, acudir a la individualización de cada lesión a la hora de cuantificar la indemnización. No procede la aplicación del artículo 104 LCS para precisar grados de invalidez, ni el artículo 38 LCS relativo a la decisión pericial en caso de desacuerdo entre asegurador y asegurado, si las autoridades administrativas correspondientes han declarado la invalidez absoluta perpetua. En ningún caso prevalecerán las definiciones limitadoras de la cobertura frente al concepto de incapacidad plena que figura en la Ley General de la Seguridad Social y en las resoluciones administrativas procedentes.

Pago de intereses por mora de la aseguradora.—La honesta creencia en la corrección de la propia determinación de la suma a indemnizar por parte de la aseguradora no impide que incurra en mora si, cumplidos los requisitos del artículo 20 LCS, el retraso en el pago obedece a causa no justificada o imputable al asegurador; en este caso, la Sala estima que la cantidad ofertada al asegurado es claramente errónea y contraria a las cláusulas particulares de la póliza. (STS de 22 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. V. D., médico de profesión, sufrió un accidente laboral al soltarse la pinza extractora de una grapa, lo que le causó gravísimas lesiones cuyo resultado fue calificado por la Dirección Provincial de la Seguridad Social como invalidez permanente absoluta. El siniestro estaba cubierto por una póliza de seguro individual de accidentes corporales con una indemnización prevista de 20.000.000 de pesetas. La compañía de seguros, P. A., S. A., tan sólo accedió al pago del 40 por 100 de la mencionada cantidad aduciendo la aplicación de un artículo de carácter limitativo de las condiciones generales de la póliza. Don A. V. D. demanda a P. A., S. A. exigiendo la totalidad de la suma inicial más intereses. El actor obtiene resolución favorable en instancia. Tanto la Audiencia en apelación como el TS en casación desestiman íntegramente los recursos de la aseguradora, con costas. (I. T. M.)

72. Muerte por embestida de toro en plaza portátil en fiesta taurina popular: obligación del asegurador: festejo popular: incumplimiento del Reglamento de Espectáculos Taurinos de 1992: interpretación de la póliza más favorable al asegurado.—El vigente Reglamento de 1992 considera festejos populares aquellos en que se juegan o corren reses según los usos tradicionales de la localidad, y dispone que, para estas coyunturas, la empresa organizadora solicitará autorización al Gobierno, al menos con cinco días de antelación a su celebración, acompañando los siguientes documentos: a) memoria donde se acredite la tradición popular del festejo o su justificación; b) certificado del arquitecto o aparejador en que conste que las instalaciones reúnen condiciones de seguridad y solidez; c) certificado con

indicación de que los servicios médicos e instalaciones se ajustan a lo dispuesto en la normativa aplicable; d) certificaciones del Libro Genealógico de la raza bovina de las reses; e) póliza de seguro colectivo por cuantía suficiente para cubrir cualquier riesgo o accidente que pueda producirse con motivo del festejo; y f) contrato con un profesional, que actuará como director de lidia para auxiliar a los partícipes de la fiesta. En el caso de la sentencia los riesgos de que se trata están incluidos, como condición particular, en la póliza, y, si bien se alega que el festejo taurino no cumplía todos los requisitos vigentes, el término de *fiestas taurinas* no tiene un contenido estrictamente jurídico, sino que racionalmente deben entenderse todas aquéllas en que el toro sea protagonista, haya o no autorización de la Delegación del Gobierno o del Gobernador civil, tengan, o no, determinada edad, estén, o no, manipuladas sus astas, siendo inconcebible que se alegue desconocimiento del carácter oficial del festejo, dado que fue patrocinado y organizado por el Ayuntamiento, sin perjuicio de que en esa hipotética falta de autorización municipal no se daría relación de causalidad con el daño; al margen de la problemática que puede afectar a las relaciones contractuales entre el Ayuntamiento y la entidad aseguradora, la misma no es extrapolable a terceros, habiendo declarado esta Sala que las dudas en los contratos de seguros han de resolverse en el sentido más favorable para el asegurado.

Presunción de inocencia.—La cuestión de fondo no consiste en la legalidad o ilegalidad de la aludida *fiesta taurina*, sino en la responsabilidad del Ayuntamiento, y, por consecuencia, de la aseguradora, por el suceso que motivó el fallecimiento del marido y padre de los actores, lo que se ha resuelto con arreglo a derecho, declarando aquéllas; ello sin perjuicio de que en un proceso civil no es procedente alegar la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia. (STS de 2 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Llama la atención la amplia exégesis histórica y doctrinal del término de *fiestas taurinas* incluido en la póliza que la aseguradora pretende inaplicable al hecho, tal como se hace en el 5.º FD (Pte. García Varela): «La tumultuaria y desordenada lidia de reses vacunas en plazas públicas dispuestas precariamente para tal función, fue la manifestación primitiva de la *fiesta taurina*, y cuando los códigos medievales hablan de *correr los toros* se refieren a dichos juegos, que los pueblos celebraban durante las solemnidades religiosas como festejo similar a bailes y representaciones de autos y piezas, pero con expectación mayor por lo que de peligroso, y, a veces, cruento tiene este espectáculo. En aquel entonces, los regocijos públicos, como la jura de monarcas, bodas y bautizos reales, victorias militares, etc., constituían pretexto para la celebración de estos divertimentos taurinos. Los fueros, que atendían a la necesidad de la mínima habilidad en los partícipes de la lidia, apuntaban indirectamente a las capeas, que, a principios del siglo xx, fueron objeto de legislación especial; así una RO de noviembre de 1900 proscribió las corridas de toros enmaromados o alquitranados; otra de 5 de febrero de 1908, prohibió que se corrieran los toros o las vaquillas ensogados o en libertad por las calles o plazas de las poblaciones, lo que se reiteró por O de 28 de agosto de 1931. En la actualidad, la EM del RD 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectácu-

los Taurinos de 1992, señala que la Ley 10/1991, de 4 abril, sobre las potestades administrativas en esta materia, ha venido a acomodar a las exigencias constitucionales el régimen jurídico de la fiesta de toros, entendida en sus amplias manifestaciones arraigadas en la cultura y aficiones populares. Dicho RD estima que cualquier disposición general que pretenda regular esta fiesta se encuentra en una doble dificultad, de una parte, con la complejidad derivada de las diferentes modalidades de espectáculos existente en el denominado mundo de los toros; de otra, con la circunstancia de que la esencia misma de la diversión, la lidia del toro bravo, no puede ser objeto de una regulación pormenorizada en todas sus secuencias, tanto o más esenciales que los preceptos administrativos, al estar sujeta a otro tipo de normas, motivadas por criterios artísticos o aficiones subordinadas a la figura del toro». No parece aventurado conjeturar que el Ponente es buen conocedor y, quizá, aficionado a la fiesta. Pero si la referencia a los antecedentes históricos –y a la realidad social hoy vivida con intensidad, en buena parte del territorio español– ayudan para enmarcar el problema jurídico, hay que aplaudir el correcto enfoque y adecuada argumentación con que se rechaza el recurso interpuesto por la entidad aseguradora (el Ayuntamiento compareció sólo en las instancias). Es indudable la responsabilidad del Ayuntamiento, basada no sólo en el incumplimiento de las normas administrativas vigentes, sino en el riesgo grave que conlleva la realización de estas fiestas en plazas portátiles de localidades pequeñas. La pretensión exoneratoria de la aseguradora carecía de fundamento. (G. G. C.)

73. Transporte marítimo. Transmisión de riesgos.—En las operaciones de compraventa internacional de mercancías es práctica común la delimitación de las obligaciones y del riesgo de las partes por medio de la inclusión de cláusulas contractuales estandarizadas, denominadas *Incoterms*. Entre ellas, una de las más habituales es la conocida como C.I.F. (*Cost. Insurance. Freight*) según la cual, entre otras estipulaciones, el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que las mercancías se encuentran a bordo del buque.

Seguro marítimo. Independencia de contrato entre terceros.—La aseguradora, no alegando ninguna circunstancia que le exonere de su obligación contractual contenida en la póliza suscrita con el transportista, en ningún caso puede aducir un contrato suscrito por terceros, ni las circunstancias personales de los mismos, cuando no tenía con ellos relación alguna. El hecho de que las pérdidas producidas por el siniestro sean sufridas por un sujeto distinto (el comprador) al beneficiario del seguro, no permite a la aseguradora negar la legitimidad de la actuación en su contra.

Seguro marítimo. Cálculo de los intereses por mora.—La aplicación de un tipo del 20 por 100 una vez transcurridos tres meses desde la producción del siniestro, contenida en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, no es correcta por cuanto que esta Ley no rige para los seguros marítimos, a los cuales se continúa aplicando los artículos 737-805 CCO (art. 2 y DF LCS y, entre otras, SSTs de 19 de octubre de 1987, de 22 de abril de 1991 o de 18 de diciembre de 1998). Se aplica, pues, el interés legal desde la presentación de la demanda. (STS de 22 de febrero de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*T. D. A., S.A.* contrata la venta de mercancías a un comerciante extranjero. Para hacer efectiva la entrega según lo previsto en el contrato, acuerda con un comisionista la realización de las gestiones necesarias para el transporte marítimo y asegura la mercancía. Sin el conocimiento de la actora (*T. D. A., S. A.*), la mercancía es cargada en la cubierta del buque. El transportista, consciente de que este hecho dejaba sin cobertura el riesgo con respecto al seguro suscrito por *T. D. A., S. A.*, contrata uno nuevo con la aseguradora demandada, la cual conoce la ubicación de la carga. Se produce un siniestro y el género se pierde. *T. D. A., S. A.* demanda al propietario y al capitán del buque, al comisionista, al consignatario y a la compañía de seguros, reclamando solidariamente el pago de 1.337.103 francos franceses y el interés legal que, en caso de condena a la aseguradora, solicita sea del 20 por 100 (art. 20 LCS). La instancia estima la demanda contra la aseguradora y contra los restantes demandados en rebeldía, absolviendo al consignatario. La aseguradora apela alegando, por un lado, que la ubicación de la carga asegurada en la cubierta deja el siniestro fuera de cobertura y, por otro, que el beneficiario no había sufrido daño como consecuencia del siniestro (al tratarse de una compraventa con cláusula C. I. F., el riesgo era del comprador). La Audiencia desestima con costas. La aseguradora recurre en casación con éxito parcial. (*I. T. M.*)

74. El aval cambiario es una obligación autónoma e independiente, ajena al negocio jurídico subyacente del que nace la letra de cambio.—El aval es una declaración cambiaria cuya función directa y exclusiva es garantizar el pago de una letra de cambio. El avalista responde solidariamente tanto con el avalado como con los demás obligados cambiarios frente al tenedor de la letra. La garantía en que consiste el aval, al igual que ocurre con la fianza, pertenece al género de las garantías personales. El aval, sin embargo y a diferencia de la fianza, es una garantía autónoma. Al funcionar en el seno del tráfico mercantil y por las exigencias que son propias a éste, el aval se ha «emancipado» de la obligación que garantiza. De este modo, el aval aparece legalmente configurado (art. 37 LCCH) como una garantía objetiva al tener existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada («accesoriedad diluida»): es válido aunque la obligación cambiaria del avalado sea nula por cualquier causa que no sea la del vicio de forma. En ningún caso se aplicará al aval cambiario el régimen del artículo 1843 CC, relativo a la fianza, tendente a que el fiador, una vez contraída válidamente su obligación, pueda desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma. El carácter civil de la obligación subyacente garantizada es indiferente. En ningún caso puede soslayarse la aplicación de las normas de la Ley Cambiaria y del Cheque para acudir al Código civil —que sólo podrá aplicarse, al ser la fianza el prototipo de garantía personal, bien como derecho supletorio, bien por vía analógica, y siempre que no encuentre contradicción con la autonomía del aval y con los restantes principios esenciales del derecho cambiario. (STS de 5 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. B. L. avala letras de cambio por la cantidad de 12.960.000 pesetas. Tras su fallecimiento, don R. O. P., en calidad de albacea testamentaria, demanda a los librados-avalados (hijo del fallecido y su cónyuge) y a don F. O. G., acreedor y tomador de

los títulos cambiarios. En el *petitum* se solicita que se declare a los herederos relevados de la garantía prestada en aplicación del artículo 1843 CC –por entenderlo aplicable al revestir el negocio subyacente carácter civil– y, alternativamente, en caso de fallar la pretensión anterior, el embargo de bienes de los avalados por la totalidad de la suma avalada. Desestimado en su totalidad en la instancia, en apelación y en casación, con costas. (I. T. M.)

75. Contrato de gestión de cartera de valores. Comporta un mandato.–Existen dos modalidades de este contrato: el contrato de gestión «asesorada» de carteras de inversión en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión «discrecional» de cartera de inversión en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación para efectuar sin previo aviso las operaciones que considere más convenientes, de acuerdo, en ambos casos, a «lo previsto en el contrato de gestión» (art. 3.2 RD 1849/1980, vigente al formularse la demanda en primera instancia). En ambos supuestos los pactos se enmarcan dentro de un contrato de mandato, que se entiende conferido con las facultades suficientes para la correcta gestión de la cartera. Por tanto, siendo la modalidad típica la segunda de las dos señaladas (por cuanto es la que mejor se adecúa a la profesionalidad requerida de las sociedades de valores, que inspira la confianza del titular de la cartera y motiva que le entregue su administración), y requiriendo ésta de mayor capacidad de disposición, el mandato alcanzará, cuando nada se pacte, a todas las facultades necesarias para la gestión de la cartera, interpretándose éstas extensivamente.

Contrato de gestión de cartera de valores. Mandato. Deberes de información. Abuso del poder conferido.–La interpretación extensiva de las facultades conferidas al mandatario, se contrapesan con la exigencia a éste de dar absoluta prioridad a los intereses del mandante (art. 79 LMV). Entre otras cosas ello implica la necesidad de informar, no sólo del estado de la cartera, sino de las concretas circunstancias bursátiles que motivan las operaciones que, en uso de los poderes conferidos la sociedad decide ejecutar. En particular, la venta de todos los valores de la cartera, que supone la extinción del contrato por desaparición de su objeto, debe ser consultada al mandante o, en caso de imposibilidad, contar con una razón fundada, que debe ser igualmente puesta en su conocimiento, sin que sirva (como ocurre en este caso) una justificación genérica del tipo «las condiciones de la Bolsa aconsejaron la rápida liquidación».

Contrato de gestión de cartera de valores. Cuenta corriente.–La obligación del mandatario de adquirir los valores sin recibir previamente su importe de la parte compradora (mandante), sin recibir tampoco esta parte el importe de las ventas hasta transcurrido un tiempo determinado (dos semanas en el supuesto de hecho), supone una situación de cuenta corriente. (STS de 11 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.–Doña María F. O. celebra con la mercantil *Renta 4*, contrato de gestión de cartera, sin que el mismo se formalice por escrito. La mercantil adquiere en su nombre determinados valores y, al cabo de un tiempo considera que las circunstancias de la Bolsa aconsejan la venta de los mismos, que constituyen la totalidad de los valores de la cartera. La mercantil formula juicio ordinario de

menor cuantía en reclamación de cantidad (el precio pagado para la adquisición de los valores), a lo que la demandada doña María F. O. se opone, formulando reconvencción reclamando la misma cantidad (valoración del daño causado con la venta). La sentencia de instancia, desestimando la demanda, estima parcialmente la reconvencción (acoge los fundamentos jurídicos pero no la valoración del daño). Apelada que es dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia la revoca, aceptando los pedimentos de la actora, desestimando la demanda reconvenccional. El TS considera que la mercantil ha actuado dentro de los límites del mandato implícitamente conferido, pero con abuso del mismo, por lo que debe responder del daño, compensándose ambas deudas, con lo que casa parcialmente la sentencia recurrida.

NOTA.—La existencia de una situación de cuenta corriente (en realidad, de mandato con contabilidad en cuenta corriente) y la necesidad de liquidar la misma, exige un deber mínimo de información por parte de quien unilateralmente realiza la liquidación, según una vieja línea jurisprudencial del TS a la que éste parece aproximarse (compárese la presente con las SSTs de 14 de febrero y 3 de diciembre de 1930, y de 29 de abril de 1936), como consecuencia de los deberes de información en el mandato. En este sentido la obligación de notificar un «extracto» de la cuenta que imponen los artículos 1435 LEC y 153 LH no puede considerarse, según abundante jurisprudencia menor, «sinónimo de laconismo» (SAP Málaga de 26 de mayo de 1994, que recogiendo la doctrina sentada por la DGRN en su Res. de 16 de febrero de 1990, afirma que en cumplimiento del artículo 24.1 CE los Jueces y Tribunales habrán de revisar con especial detenimiento los extractos en los que las entidades de crédito practiquen las liquidaciones, exigiendo claridad y concreción. Porque «extracto no es sinónimo de laconismo ni de ocultación»): la información suministrada debe de ser, por su grado de detalle y organización, comprensible y contrastable (SAP Málaga de 26 de mayo de 1994; AAP Ciudad Real de 8 de febrero de 1994; AAP Pontevedra de 13 de octubre de 1995; SSAP Toledo de 24 de abril y 13 de mayo de 1996; y AAP Castellón de 25 de abril de 1998, entre otras muchas). (L. F. L.)

76. Sociedad anónima. Personalidad jurídica. Limitación de responsabilidad. Levantamiento del velo.—El ordenamiento jurídico dota a ciertas organizaciones sociales de personalidad jurídica propia para que puedan ser titulares de relaciones jurídicas. Al convertirse el ente social en centro de imputación, los efectos de los actos jurídicos de los que sea parte quedan, *prima facie*, alejados de los socios que componen su estructura subjetiva. En el caso de las sociedades anónimas, el artículo 1 LSA consagra este principio, en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial, al declarar expresamente que los socios no responderán personalmente por las deudas sociales. Sin embargo, en determinados casos como el que ocupa a la sentencia comentada, la forma societaria es utilizada como una mera excusa para encubrir las actividades irregulares de la persona física que opera bajo la misma. Cuando la forma social deja de cumplir su función de individualizar a un actor independiente en el tráfico económico, la protección que ofrece la normativa legal no puede ponerse al servicio de intereses que en ningún caso

se han pretendido tutelar, de manera que el órgano jurisdiccional puede prescindir del «artificio» de la forma societaria para decidir los casos según la realidad. Aquí se produce un conflicto entre *seguridad jurídica* (la determinación legal de la independencia de patrimonios y de responsabilidades entre sociedad y sus miembros) y *justicia* (el enriquecimiento injusto del socio y administrador único) que, tras una apreciación prudente, casuística y restrictiva (STS de 23 de diciembre de 1997), permite la aplicación, por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, de la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las sociedades con el fin de evitar que al socaire de la ficción de la forma legal se puedan perjudicar intereses públicos o privados (SSTS de 28 de mayo de 1984; 24 de diciembre de 1988; 15 de abril de 1992; 30 de mayo de 1998, etc.). Para la aplicación de esta doctrina, conocida como «levantamiento del velo», debe existir prueba de que la entidad social es una mera ficción, sin «vida» independiente de sus socios –generalmente socio único–, y que ha sido utilizada de manera abusiva o con fines fraudulentos. Precisamente con el fin de evitar el uso antisocial del Derecho se hace responsable a los socios y/o administradores de las deudas incurridas por la sociedad. (STS de 22 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.–S. C. N., S. A. demanda por el cauce procesal del juicio ordinario de menor cuantía a I. S. E., S. A., a don F. H. R. y a doña M. H. M. (esposa del anterior), por impago de letras de cambio y cheque girados como contraprestación por la venta de mercaderías. La parte actora solicita que respondan solidariamente de la cantidad adeudada las partes demandadas, I. S. E., S. A. como principal obligado cambiario (aceptante de las letras y librador del cheque) y don F. H. R. como socio y administrador único de I. S. E. S. A. El Juez de instancia estima íntegramente la demanda, condenando a S. C. N., S. A. en rebeldía y a los codemandados en aplicación de la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Se recurre en casación. Se desestima el recurso con costas.

NOTA.–Sorprende, con el conocimiento de los hechos que obran en poder del comentarista que suscribe, la vía de obtención del «levantamiento del velo» perseguida por la parte actora. La constatación, no combatida en autos, de la situación en que se encontraba la sociedad demandada –larga inactividad económica, situación de insolvencia, inactividad por los administradores tendente a promover la disolución social–, hubiera permitido al actor acudir al artículo 262.5 LSA, obteniendo la determinación de la responsabilidad solidaria del administrador único y evitando así la resbaladiza prueba del uso antijurídico de la forma social. (I. T. M.)

77. Sentencia declarativa de nulidad de acuerdo de la sociedad cooperativa. Efectos de la nulidad en ejecución.–Como señala el artículo 18 de la Ley de Cooperativas, el acuerdo de expulsión de un socio será ejecutivo una vez sea notificada la ratificación del Comité de Recursos o, en su defecto, de la Asamblea General. Una vez consumada la mencionada expulsión, si la parte afectada acude con éxito al auxilio jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad del acuerdo de expulsión, queda por determinar el alcance de tal resolución. En otras palabras, hay que determinar si cabe la ejecución de la sentencia firme que declara la nulidad del acuerdo de expul-

sión, ordenando la realización de una conducta a la sociedad cooperativa demandada consistente en la reposición del demandante en su condición de socio. El efecto de la declaración de nulidad es, en aplicación de lo establecido para la nulidad de las obligaciones en el artículo 1303 CC (*restitutio in integrum*), la vuelta (*ex tunc*) a la situación existente con anterioridad al acto nulo. En el presente caso, pues, debe devolverse al demandante la condición de socio pues, de lo contrario, se estaría dejando sin eficacia real la sentencia firme que anuló el acuerdo de expulsión. (STS de 12 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. C. G. fue excluido como socio de la sociedad cooperativa C. S. C. A., ante lo cual formuló con éxito juicio de menor cuantía solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de expulsión. Sin embargo, en el procedimiento de ejecución de la sentencia, tanto el Juzgado de Instancia como, posteriormente en apelación, la Audiencia, rechazaron la pretensión del actor de ser repuesto en su condición de socio de pleno derecho. Don F. C. G. recurre en casación. Se estima íntegramente. (I. T. M.)

DERECHO PROCESAL

78. Intereses. Artículo 921 LEC.—Establece el TS que las reglas del artículo 921 LEC se aplican a toda sentencia en que se condene al pago de una cantidad líquida, aunque en la sentencia no se indique nada al respecto. Este artículo establece el deber de pagar unos determinados intereses hasta el completo abono de la cantidad a que condena la sentencia; intereses que nada tienen que ver con los que se hubieran pactado previamente entre las partes por contrato.

Capitalización de intereses.—El TS rechaza que exista en nuestro ordenamiento una norma sobre capitalización de intereses. Tal capitalización no la establecen ni el artículo 921 LEC, ni el artículo 1109 CC. (STS de 27 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En procedimiento de mayor cuantía sobre deudas se requiere al acreedor a presentar escrito de liquidación de intereses. Ante la oposición del deudor a esta liquidación, se abre pieza separada de impugnación de intereses.

El Juzgado de Primera Instancia dicta Auto en el que fija los intereses en diecisiete millones. Apelado este auto por los deudores (recurso al que se adhiere el acreedor), la Audiencia Provincial desestima el recurso y eleva la cantidad de los intereses a veinticuatro millones, fijando un tipo de interés compuesto, consistente en capitalizar los intereses devengados en cada período anual. Presentado recurso de casación ante el TS, éste declara haber lugar al recurso.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya entrada en vigor está prevista para el 8 de enero del año 2001, contiene la regulación los llamados «intereses de la mora procesal» en el artículo 576, que sustituye a los actuales párrafos 4.º y 5.º del artículo 921 LEC. (A. M. M.)

79. Error judicial. Finalidad.—Como indica el TS, el error judicial no intenta corregir el desacierto en la resolución judicial, puesto que no es exigible su total acierto, dado que en el proceso no se actúa con una verdad material que pueda dar lugar a una certeza absoluta. Lo que busca es corregir la falta de atención del juzgador y las resoluciones que resultan injustificables desde el punto de vista del Derecho. De esta forma, hay que negar que a través de esta figura se trate de establecer una tercera instancia.

Error judicial. Objeto.—Conforme a su amplia jurisprudencia (reflejada, entre otras, en la STS de 20 de enero de 1998), declara el TS que el objeto del error judicial recae sobre equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos (bien porque se enjuician hechos distintos a los que han sido debatidos o bien porque se ofrece una equivocada información sobre los hechos enjuiciados), o en la interpretación y aplicación de la Ley (por aplicar normas inexistentes o entendidas más allá de su sentido y alcance). El resultado es una actuación judicial que queda fuera de los cauces legales y contradice lo que es evidente. Esta figura del error judicial no se refiere, por tanto, a conclusiones alcanzadas por el órgano judicial que no sean ilógicas y, por esto, no se considera error judicial la interpretación o análisis de hechos o de normas, cuando obedezcan a un proceso lógico o racional, sin prejuzgar si tal criterio es o no el único aceptable y si existen otras posibles interpretaciones.

Fijación de los límites de la cuestión litigiosa.—Establece el TS que los límites de la cuestión litigiosa se establecen a través de lo que las partes pretendan y aleguen en sus escritos de demanda, contestación, reconvencción y contestación a lo reconvenido, que son los que rigen el proceso. (STS de 15 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un grupo de funcionarios de policía interpone recurso contencioso-administrativo contra la Dirección General de policía, solicitando el abono de cierto complemento salarial. La representación y dirección de este proceso queda a cargo del abogado don A. G. L., cuyos servicios parece ser que contrató el *Sindicato Unificado de Policía*, al cual se dirigieron los funcionarios demandantes para recabar ayuda. El recurso se desestima y los demandantes interponen recurso de revisión, que es desestimado por estar fuera de plazo. Ante estos hechos, uno de los funcionarios demandantes en el proceso, don J. H. G., interpone demanda contra don A. G. L. por actuación profesional negligente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, por no apreciar responsabilidad en la actuación del letrado demandado. Interpuesto recurso de apelación por don J. H. G., la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, revocando la condena en costas que se hizo en primera instancia y confirmando en lo demás la sentencia del Juzgado. Considera este Tribunal que no concurre legitimación activa en el demandante, al haber sido contratado el abogado demandado realmente por el *Sindicato Unificado de Policía*, y no por el demandante. A la vista de esta sentencia, el demandante en primera instancia interpone demanda sobre declaración de error judicial. Recabados los informes del Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y la Audiencia Provincial de instancia, el TS resuelve declarando no haber lugar a la demanda. (A. M. M.)