

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRAIN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.–La S de 21 de mayo de 2001 hace una exposición detallada de la jurisprudencia recaída en torno a la doctrina de la vinculación por los actos propios señalando que «esta Sala tiene declarado que para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada» (SSTS de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la STS de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que se cree en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carác-

ter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido de que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina (recogida en numerosas SSTs, como las de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (SS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico». (STS de 25 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Desestimada en ambas instancias la demanda formulada por *Pueyo y Mendiara Transportes, S. L.* contra *Tecsa, Empresa Constructora S. A.* en reclamación de la parte del precio que se dice debido y no satisfecho del contrato de ejecución de obra concertado entre ambas, interpone *Pueyo y Mendiara Transportes, S. L.* recurso de casación apoyándose fundamentalmente en la infracción por inaplicación del principio *nemine licet adversus sua acta venire*. El TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

2. Doctrina de los actos propios.—La sentencia conforme a la prueba practicada establece que la «demandada mantiene abiertas luces y vistas frente al fondo de la actora que no respetan las distancias que marca el artículo 582 CC, a saber, dos metros en vistas rectas y sesenta centímetros en la oblicuas». Matiza que «consta que entre las edificaciones de demandante y demandada existe un pasillo de sesenta centímetros que, como declara la parte actora en su demanda, se aperturó en aras a las relaciones de buena vecindad y con objeto de no privar de luz y ventilación a sus vecinos». De esta afirmación extrae la consecuencia de no aceptar la petición de la demandada tendente al cierre de ventanas, que fue concedida en la sentencia de instancia pues ello iría contra los propios actos de la parte actora, que ejercitaría una acción sin someterse a los postulados de la buena fe» (art. 7 CC). Mas no se puede compartir la tesis de los actos propios, como justificación de la permanencia de los ilegales huecos pues no se concretan, ni determinan el alcance de estos propios «actos», apoyados, a lo que se dice, en relaciones de buena vecindad que, en todo caso, motivarían una conducta de tolerancia, reducida a «luz y ventilación» y no a «luces y vistas», por cuanto aquella finalidad se satisface sin necesidad de extralimitarse, de acuerdo con las previsiones del artículo 581 CC. La construcción jurisprudencial respecto a los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige que los mismos como expresión del consentimiento, se realicen con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos —SS de 16 de febrero de 1988, 25 de enero de 1989, 6 de noviembre de 1990, 11 de marzo, 14 de mayo y 17 de noviembre de 1991—. Viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto —SS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992— (S de 10 de noviembre de 1992). En igual sentido la STS de 13 de junio de 2000.

Adquisición de servidumbre por negocio jurídico.—En lo referente a la posible adquisición de la servidumbre por título o negocio jurídico (art. 537 en relación con el art. 504 CC) la jurisprudencia (SSTS de 6 de diciembre de 1985 y 27 de febrero de 1993, entre otras) tiene declarado, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, la necesidad de un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, operando en caso de duda, la presunción de libertad del fundo (SSTS de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970), de tal suerte que, por muy amplia que haya podido ser en el supuesto de autos el grado de tolerancia mostrado en torno a los huecos abiertos por los precedentes titulares del que hoy se pretende fundo sirviente, no es posible atribuir a dicha actitud el valor de voluntad precisa y tajante exigida doctrinalmente para dar lugar al nacimiento del derecho real, sin que pueda considerarse acreditado el supuesto convenio verbal invocado de contrario. (STS de 21 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reclamaban el cierre de unas ventanas que los demandados habían abierto en pared propia con vistas a la finca de aquéllos además de la declaración de su derecho a continuar la obra suspendida por razón de un procedimiento anterior. El Juzgado alzó la suspensión y condenó a los demandados al cierre de las ventanas. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación estimando la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas pero manteniendo las luces y vistas en una distancia de sesenta centímetros en virtud de un pasillo abierto por la actora que debía mantenerse. Interponen recurso de casación los actores en la instancia. El TS declara haber lugar. (R. G. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Sistema de apelación limitada.—La concesión que se hace por el legislador al *ius novorum* no permite en ningún caso la ampliación del objeto del proceso tal y como ha quedado fácticamente sustanciado en el pleito porque no se aplica en nuestro Derecho el sistema de apelación plena, sino limitada (*pendente appellatione nihil innovetur*), y resulta claro que la solicitud de la parte recurrente de que se incorporen a las actuaciones publicaciones posteriores, incluso a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, supone una tentativa de ampliar el objeto procesal porque se trata de hechos nuevos con propia sustantividad y susceptibles de consideración autónoma, carentes, salvo en el aspecto personal (sujetos activos y pasivo), de nexo o trabazón jurídica y material.

Protección del honor. Relación con las libertades de expresión e información. Mayor debilidad de aquella protección en el caso de crítica política.—El juicio de valor que merece la valoración en conjunto de las diversas alusiones efectuadas no revelan, a juicio de esta Sala, la idea pretendida por el recurrente en orden a que la intención de los demandados fue la de «dar una imagen muy concreta del actor para ir minando de forma irreversible el honor del

mismo», como una especie de persecución o campaña. Lo que sí revela por parte de los demandados es un propósito de criticar la labor de otro grupo político en la actividad desplegada en el Ayuntamiento, pero tal actuación no sólo es lícita, sino absolutamente necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer como se gobiernan los asuntos públicos. Y en este sentido es natural que no sólo resulten afectados los que ejercen el gobierno, sino también todas las personas relacionadas de una u otra manera con la actividad que es objeto de censura. Es cierto que la libertad de crítica respecto de las personas públicas no supone un derecho absoluto, que permita cobijar cualquier tipo de manifestaciones o expresiones, rumores o insidias, pero, por otro lado, permite una mayor flexibilidad en su valoración por la trascendencia del tema para la sociedad, por las circunstancias varias que con una u otra intensidad suelen concurrir en el debate político, y porque los ciudadanos saben distinguir perfectamente el ámbito en que se producen de otros en los que no sería el mismo nivel de comprensión y tolerancia. En el caso resulta incuestionable el interés público y relevancia general de la temática determinante de la crítica (se trataba de denunciar la existencia de graves irregularidades urbanísticas en relación con la zona costera de la comarca) y asimismo la veracidad de las declaraciones que cabe imputar a los demandados (sobre la existencia de permutas, y la ilegalidad de una urbanización y realidad de la sanción, aunque no sean firmes), sin que proceda atribuirles el contenido íntegro de lo publicado en los dos periódicos, ni quepa identificar veracidad con «realidad incontrovertible» o «absoluta exactitud», como ya tiene declarado el TC (STC, 2.ª, 297/2000, 11 de diciembre), por lo que se dan los presupuestos básicos de ejercicio de la libertad de información.

Extensión del carácter de personaje público a los particulares que entran en relación con la Administración en los temas que son objeto de crítica política.—La alegación de que el demandante no es un personaje público, ni pertenece a ningún partido político, y por consiguiente no le cabe aplicar la doctrina que tomando en consideración la condición pública de los sujetos debilita la protección del derecho al honor, carece de consistencia porque el carácter público a estos efectos comprende no sólo a los que ejercen el cargo o función pública sino a todos los que entran en relación con la actividad de que se trata, y además resulta natural que si se atribuyen graves irregularidades urbanísticas al grupo político que gobierna en el Ayuntamiento se mencione a los constructores o promotores que intervienen en las construcciones correspondientes.

No se produce intromisión en el honor por el hecho de que la sanción administrativa divulgada no sea firme.—El hecho de que la sanción gubernativa (y lo mismo ocurre con la situación de ilegalidad de la urbanización suspendida) no sea firme o definitiva, carece de trascendencia, pues nada obsta a la divulgación, como ya tiene declarado esta Sala, tanto en relación con actuaciones judiciales, como expedientes administrativos (*ad. ex.* SS de 15 de octubre de 1991, 27 de enero de 1993 y de 26 de marzo de 1996). (STS de 11 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor ejercita acción para protección de su derecho fundamental al honor por hechos que considera intromisión ilegítima al mismo, aludiendo que los demandados han llevado a cabo una campaña de desprestigio personal en su actuación como constructor en la Vega Baja, realizando acusaciones inciertas que posteriormente se han reproducido en la prensa, tanto por el *Diario Infor-*

mación como en *La Verdad*, y fundamentalmente en un acto público o rueda de prensa que dieron en la localidad de Torreveja, acompañado de otros miembros de la organización política a la que pertenece (E. U.) el día 5 de marzo de 1994.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de intromisión ilegítima en el honor y absuelve a los demandados. Esta resolución fue confirmada en apelación. (O. M. B.)

4. Cuando la información se complementa con opiniones carentes de base en la realidad se rebasan los límites constitucionales exigidos para su protección y el derecho al honor así afectado debe protegerse como valor principal.—No puede negarse la realidad de la muerte producida por quien a continuación de causarla falla en su propósito de suicidarse, pero tampoco puede negarse que al hacerse la relación de tales hechos en el periódico se introducen opiniones y subjetivamente se explayan posibilidades, partiendo de unos datos que se preestablecen con un valor inmutable, se niegan a los lectores del diario posibilidades de apreciación diferente cuando, ciertamente, de su texto cabe esperar todo lo contrario, y esto se produce en publicación realizada ocho años después del suceso porque, se dice, que el hoy demandante no solicitó entonces la rectificación de lo que se publicaba en aquella fecha y en 1990 se reproduce, pero si entonces se publicó así lo publicado en la época quedó rectificado por la sentencia dictada en juicio seguido al autor de tales hechos, lo que el periódico conoce, con lo cual la persistencia, reverdeciendo lo que entonces podía ser sólo hipótesis, en la misma publicación del dato estimado le da actualidad informativa que, además de no responder a una posible verdad que ya ha sido desvirtuada en cuanto a las causas y al modo del acontecimiento, pone en tela de juicio su propio interés porque ya no se trata la publicación, dado su contenido, de una efeméride por incorporarse al recuerdo del suceso unas posibilidades ya inaceptables.

A esa inevitable valoración de lo publicado, que la sentencia recurrida recoge asumiendo su significado gramatical en el contexto que va a trascender al público con sus inequívocos términos de suceso y de opinión sobre posibilidades, ha de estarse aquí partiendo de lo establecido en la STC de 22 de mayo de 1995, con la que en ella se cita, para tener presente que la libertad de información descansa en la publicación de hechos noticiables y veraces que además de ser públicamente relevantes y de interés general, como ya estableció también esta Sala en SS de 30 de julio y 13 de octubre de 1998, entre otras muchas, y cuando ese derecho pueda llegar a pugnar con el derecho de las personas a su honor —ese bien de mayor estima desde la valoración de la propia persona y desde la consideración mostrada por los demás en orden a la dignidad ganada por aquella— este derecho ha de primar sobre aquel otro cuando a ese otro le falten sus requisitos o se le incorporen subjetivamente datos que lo transformen en una expresión o en una opinión sin base, tal como vino estableciéndolo esta Sala a partir de su S de 6 de diciembre de 1912 y en las múltiples que le han seguido como son las que recoge la de 5 de julio de 1999 en cuanto resaltan los límites informativos de todo reportaje sin aportarle matices que son, cuando menos, desproporcionados y así el TC también señaló, en sus SS 6/1988 y 105/1990, que la información decae en la protección que como derecho le está constitucionalmente reconocida cuando

se presentan como hechos los que son simples rumores o meras insinuaciones. (STS de 22 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *Última Hora* de Mallorca publicó en su sección *Mallorca Negra* un reportaje titulado «Un crimen pasional nacido de la locura», «Un marido demente asesinó en julio de 1982 a su esposa al creer que le engañaba, intentando después suicidarse». En el relato periodístico se destacaba, además de la libre absolución del acusado por estimar el Tribunal que juzgó el caso que tenía gravemente perturbadas sus facultades, que «tal como ocurrieron los hechos parecen indicar que entre ambos cónyuges existió un pacto de acabar con sus vidas y sufrimientos ...». El hijo de la víctima interpone demanda de protección al honor por entender que, carente de todo fundamento, la afirmación relativa a la intención de su madre de poner fin a su vida supone una intromisión ilegítima en su honor que le causa un daño moral irreparable. El Tribunal de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación del actor condenando a los responsables del reportaje al abono de la indemnización solicitada. Interponen éstos recurso de casación declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

5. Elementos que impiden la calificación de los hechos como atentatorios al derecho al honor: relevancia pública y veracidad.—El motivo se centra en que en el caso presente concurren los elementos que impiden la calificación de los hechos como atentatorios del derecho al honor —no hace referencia al derecho a la imagen— y los incardinan en el ámbito de la libertad de información: relevancia pública y veracidad. Ciertamente, la información vertida tiene relevancia pública tanto por sí misma como por las personas a quienes se refiere, pues es un tema de indiscutible trascendencia social. Pero no es cierta la concurrencia del elemento de veracidad; la Constitución protege, como libertad esencial de la libre opinión, de una sociedad democrática y de un Estado de Derecho, la libertad de información, pero siempre que se trate de información *veraz*; la jurisprudencia no exige una veracidad absoluta, basta que lo sea en lo esencial y si se trata de un profesional de la información, que haya tomado las precauciones y los medios para comprobarla.

No ha ocurrido así en el presente caso. Por más que en el periódico sea importante la inmediatez de la noticia, son importantes también los derechos relativos a la dignidad de las personas a los que se refiere el artículo 20.4 CE como límite a la libertad de información. Si ésta es veraz, ya no hay honor protegido jurídicamente, sino una simple apariencia de honor. En *El Mundo del Siglo XXI* apareció la noticia y se implicó en ella a la demandante; implicación cuya verdad no sólo no se ha acreditado, sino que, por el contrario, consta como hecho probado según la sentencia de instancia, la inveracidad.

El quantum indemnizatorio no es revisable en casación excepto cuando las bases jurídicas utilizadas para su cálculo son incorrectas.—En el desarrollo de este motivo de casación se alega que no se justifica la elevación de la cantidad que había determinado el Juzgado de Primera Instancia y mantiene que ésta es desproporcionada.

En esta cuestión, la doctrina de este Tribunal es clara y la postura de esta Sala, en el caso concreto, también. La jurisprudencia ha venido manteniendo, en todo caso de responsabilidad civil y en los casos de los derechos del honor, intimidad e imagen, que el *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación, pues se trata de un supuesto fáctico –el perjuicio– que deriva de los hechos concretos –base fáctica– debidamente calificados –base jurídica– si bien todo ello es como regla, que admite excepciones. Los casos excepcionales, que también forman un cuerpo de doctrina jurisprudencial, son aquellos en los que los presupuestos fácticos han sido indebidamente calificados jurídicamente y precisamente la función de la casación es velar por la aplicación correcta de la norma jurídica; es decir, cabe revisar en casación el *quantum* de la indemnización, cuando las bases jurídicas para el cálculo de la misma son erróneas. La Sala, en este caso concreto, estima que las bases que ha empleado el Juzgado de Primera Instancia, que no se discuten, y las que ha empleado la Audiencia Provincial, que sí se discuten, son correctas, por ello, la indemnización fijada no es revisable en casación. (STS de 25 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–Una conocida modelo demanda al periódico *El Mundo* por mencionarla y publicar su fotografía ilustrando una noticia titulada «Varias modelos famosas eran los ganchos en la red de trata de blancas», en la que se le implicaba en una red de prostitución y tráfico de joyas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los responsables al pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen de la demandante. Interponen las partes recurso de apelación resultando inadmitido el de los demandados y acogido el de la actora. La Audiencia elevó sustancialmente la indemnización fijada por el Juzgado. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa editorial, el director del periódico y la autora de la noticia. (R. G. S.)

6. Derecho al honor: la veracidad de la información se relaciona únicamente con la conducta seguida para procurar que el objeto de la información sea verdadero.–En la fundamentación del motivo se destaca que el señor B. convocó la rueda de prensa para cumplir sus deberes informativos y con el fin de serenar a la opinión pública y que en su intervención se manifestó en forma ponderada al emplear, de forma reiterada, los términos «presunto», «posible», «de resultar», etc. El señor B., se afirma en defensa del motivo, transmitió información veraz, pues de hechos probados en autos queda constatado que existían graves irregularidades en la Gerencia del Catastro de Girona.

El motivo no denuncia ningún error de derecho en la valoración probatoria de la instancia, sólo da una interpretación contraria a la valoración de los hechos probados. Mientras que la sentencia recurrida obtiene que los mismos han de considerarse como intromisiones ilegítimas en el honor de los demandantes, el recurrente, demandado en su día, sostiene lo contrario. Casacionalmente es legítimo, porque el concepto de intromisión ilegítima es abierto y amplio: no existe en la Ley 1/1982 una enumeración taxativa de hechos o conductas que deban estimarse como tales. Por otra parte, no se combate ninguna apreciación de la prueba, que se refiere obviamente a hechos.

La defensa del recurrente es parcialmente verdadera. No se ha puesto en duda en la instancia ni las circunstancias en que se produjeron las manifestaciones del señor B. ni la veracidad de que se instruyera a los demandantes expediente administrativo. Pero esa defensa silencia que el apoyo de la instancia para declarar la intromisión ilegítima en el honor de los demandantes fue el contenido de las mismas. En la rueda de prensa el señor B. manifestó que se había abierto expediente disciplinario a dos funcionarios de la Gerencia Territorial de la Contribución Urbana por presuntas irregularidades que *concretó* en «relaciones connivenciales con algunas empresas que prestaban servicios al Consorcio por incumplimiento de los contratos a través de los cuales se establecían los valores catastrales y con presuntas modificaciones de los valores catastrales de un conjunto importante de edificios situados en la zona costera de la provincia de Girona y en las que presuntamente se habían estado modificando a la baja los valores catastrales en demérito o en contra de los procedimientos fijados...».

Confrontadas estas declaraciones efectuadas el 29 de marzo de 1988 con el expediente administrativo a que en ellas se aludía resulta evidente que el mismo para nada se refería a las conductas presuntamente delictivas de los autores sino a algo distinto por completo: las irregularidades en la tramitación y resolución administrativa de un concurso convocado por el entonces denominado Consorcio para la Gestión e Inspección de las Contribuciones Territoriales de Girona a fin de mecanizar integralmente la documentación de la contribución rústica y urbana que fue adjudicado a la empresa *Técnica y Datos, S. A. (TECDAT, S. A.)*. No existe en el contenido de los expedientes ninguna depuración de responsabilidades por connivencia de los actores con empresas para conseguir la disminución del valor catastral de los inmuebles. En suma, el objeto de los expedientes administrativos de los que se daba cuenta a la opinión pública era algo distinto por completo de lo que informó, por lo que el señor B. no transmitió información veraz.

Ciertamente que en la fecha en que hizo las declaraciones no podía saber lógicamente el futuro desarrollo de unos expedientes que entonces estaban en sus inicios procedimentales, pero por razón de su cargo, una diligencia normal debería de haberle llevado a abstenerse de unas acusaciones concretas y específicas, sin que sirva de cobertura el calificativo ritual de «presunta», so pena de que se autoricen con su utilización toda clase de imputaciones. Precisamente por razón de su cargo al demandado ningún esfuerzo le hubiera supuesto conocer el estado de los expedientes para poder dirigirse a la opinión pública con el necesario conocimiento de causa. No agotó por ello el deber de averiguación de la verdad y certeza de lo que transmitía a los ciudadanos, lo que hace que la información no guarde el requisito de la veracidad. Este requisito ha de referirse a la conducta seguida para transmitir información, no al resultado de los expedientes administrativos, que fueron sobreesidos, pues si la información quedase ceñida a los hechos que después se declarasen probados, se constreñirían los cauces de información de la opinión pública de modo injustificado (STC 297/2000, de 26 de febrero).

Por todo ello el motivo se desestima. (STS de 20 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos funcionarios de la Gerencia Territorial de la Contribución Urbana de Girona demandaron al Secretario de Estado de Hacienda, señor don J. B., por considerar lesivas de su honor las

declaraciones de éste a la prensa sobre el expediente disciplinario en que estaban incurso. Al concretar el Secretario de Estado las irregularidades en la Gerencia del Catastro de Girona motivadoras del expediente había incurrido en «falsedades» que constituirían intromisión ilegítima en su derecho al honor causándoles daños morales por los que exigían la correspondiente indemnización. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la Audiencia la apelación. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la abogada del Estado. (R. G. S.)

7. Derecho a comunicar y recibir libremente información.—No existe un derecho fundamental a la información, sino a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; se trata, como expresa el artículo 20.1 d) CE, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz.

En la STC 105/1983, se precisa que el derecho de que se trata establece un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva y que el objeto de ese derecho es el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos, y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de ese derecho, del que asimismo es sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de información y su posterior transmisión; y en dicha línea, la STC 107/1988 ha sentado que «el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 CE, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo, sólo puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública».

Tal como tiene declarado el TC, de una parte, la noticia es un hecho real, social o político, con trascendencia pública, y de otro, los derechos del informador comprenden la libertad de buscar la información, la de configurarla y la de difundirla, siendo lícito que tenga acceso a las fuentes de la noticia, y, como el proceso de elaboración de ésta es libre, el informador puede tomar una posición valorativa de los hechos.

Derecho a comunicar y recibir información sobre acontecimientos deportivos.—Es evidente la existencia de un derecho fundamental de comunicar y recibir información sobre los acontecimientos deportivos.

Aplicación de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos por el juego de las DT 3.ª y 13.ª CC.—El objeto del debate, después de la interposición de la demanda, ha obtenido una posterior respuesta en lo sustancial por la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, que establece el derecho de la libertad de acceso de los medios de comunicación social a los estadios y recintos deportivos a través de los criterios de gratuidad de la emisión de noti-

cias o imágenes en telediarios, diarios radiofónicos o espacios informativos de carácter general, y la prohibición de restringir el derecho a la información en los supuestos de cesión de los derechos de retransmisión o emisión, con lo cual la cuestión litigiosa carece de relieve en la actualidad.

Dicha Ley es posterior a la iniciación de este litigio, pero con la comprensión, según enseña un sector dominante de la doctrina científica, en posición que comparte esta Sala, de que el Derecho es un conjunto de normas, que rige y se entiende de acuerdo con una serie de juicios de valor, creencias y convicciones imperantes dentro de una comunidad, y que tal cuadro legal se ha de desenvolver de conformidad con la convicción de la sociedad, puesto que los factores expresados no son inmutables, su evolución se produce con el cambio legislativo, y de ahí que, respecto a una relación jurídica, coincidente con la entrada en vigor de una norma nueva, es preciso acudir al derecho transitorio para determinar su eficacia.

En este caso, ante la inexistente regulación puntual del derecho de acceso de que se trata y a la precisión de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1997 sobre que este texto legal recoge el derecho a la información deportiva, las DT 3.^a, por su singularidad, y 13.^a, por su generalidad, del Código civil, sirven de soporte para justificar la aplicación a este debate de la ley nueva, en cuanto más benigna, o con soluciones al problema según los principios que sirven de fundamento a las demás transitorias, respectivamente, a lo que corresponde añadir lo dispuesto en el artículo 3 de este ordenamiento, que señala los criterios hermenéuticos para la interpretación de las normas, e incluye, en estos instrumentos, la realidad social del tiempo en que las reglas legales han de ser aplicadas, que es decisivo en cuanto no cabe olvidar la incidencia del fútbol en nuestro país como fenómeno social. (STS de 7 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*Telecinco* promovió demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra la *Real Federación Española de Fútbol* y la *Liga Nacional de Fútbol Profesional*. Solicitaba que se declarase su derecho a acceder gratuitamente a los estadios de fútbol en que se celebrasen encuentros de primera y segunda división así como de la selección española con el fin de tomar las imágenes precisas para elaborar información sobre los partidos. Pedía igualmente que se reconociese su derecho a obtener las autorizaciones o tarjetas acreditativas que permitiesen a sus periodistas y cámaras acceder a los estadios. Tras la interposición de la demanda había entrado en vigor la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, norma que daba cumplida respuesta al problema. Pero la aplicación del principio de irretroactividad llevó al Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Madrid a la íntegra desestimación de las pretensiones de *Telecinco*. Se admitió parcialmente el recurso de apelación de la cadena reconociendo la Audiencia los derechos cuestionados. Interpone recurso de casación la *Liga Nacional de Fútbol Profesional*. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

8. Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.—La doctrina denominada del levantamiento del velo de las personas jurídicas, permite penetrar en el substrato de las sociedades para percibir su auténtica reali-

dad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual.

En aplicación de tal doctrina se entiende que no cabe sostener la prevalencia de la personalidad jurídica o la separación de patrimonios cuando se da una confusión de personalidades y patrimonios, e inexistencia de independencia entre aquéllas, hallándonos en realidad ante una mera configuración formal de dos sociedades que no son otra cosa que el desdoblamiento de una persona con fines fraudulentos, rompiendo el principio de buena fe negocial (STS de 5 de abril de 2001).

Del mismo modo, no es preciso que se dé plena y total identidad en el substrato personal de las entidades implicadas, cuando son tantas las afinidades y comunidades de intereses concurrentes, que acreditan la relación entre sí de las mismas, al obedecer a un entramado común (STS de 7 de abril de 2001). (STS de 16 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona, la cual fue desestimada por sentencia de 1 de septiembre de 1994. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 1996, desestimando el mismo, razón por la que se interpone recurso de casación al amparo del número 4.º del artículo 1692 LEC, alegando la infracción de la doctrina establecida en materia de «levantamiento del velo» de las personas jurídicas; la vulneración también del principio *par conditio creditorum*, de las reglas sobre prelación de créditos, de los artículos 1911 y 1137, ambos del CC; y de la doctrina jurisprudencial sobre prueba en materia de tercería de dominio. (J. L. B.)

9. Asociación. Caducidad de la acción impugnatoria.—El cauce casacional del núm. 1.º del artículo 1692 LEC se refiere a los límites especiales de la jurisdicción española en relación con la extranjera, así como a los conflictos con la Administración o la Jurisdicción militar o con los órganos jurisdiccionales de distinto orden (penal, contencioso-administrativo o social) o, en fin, cuando hay un válido sometimiento de la cuestión a arbitraje. De ahí que no quepa plantear a través del citado 1692.1.º una cuestión como la relativa a la caducidad de la acción que no afecta a esos límites de la jurisdicción civil.

En el supuesto que nos ocupa, la acción de nulidad ejercitada en la demanda se funda en la contravención por el acuerdo adoptado de las normas estatutarias de la asociación demandada y así, en la fundamentación jurídica del escrito inicial, se cita el artículo 6.6 de la Ley de asociaciones de 24 de diciembre de 1964, que dispone que «los acuerdos y actuaciones de las asociaciones que sean contrarias a los Estatutos, podrán ser suspendidos o anulados por la autoridad judicial, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal», así como los artículos 8, 10.b), 14, 15 y 16 de los Estatutos de la asociación, artículos que se entiende han sido infringidos por el acuerdo impug-

nado al haberse adoptado sin observar los requisitos de competencia y forma que establecen los Estatutos de la asociación. En consecuencia, la acción ejercitada está sujeta al plazo de caducidad del artículo 12 del Decreto 1440/1995, plazo de cuarenta días que resultó ampliamente rebasado en este caso; adoptado el acuerdo cuya nulidad se pide el día 24 de enero de 1994, la demanda tuvo entrada en el Registro General del Juzgado Decano de Sevilla el día 8 de julio de 1994, razón por la que debe declararse caducada la acción ejercitada en la demanda inicial. (STS de 22 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla se presenta demanda de juicio de menor cuantía solicitando la nulidad de un acuerdo societario de 24 de enero de 1994, mediante el que se decretaba la expulsión definitiva, como socio, del actor. En este orden de cosas, el órgano judicial dictó sentencia en fecha 25 de noviembre de 1994, desestimándola, razón por la que dicho fallo fue recurrido en apelación ante la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, la cual resolvió estimando el recurso presentado. Finalmente, la parte recurrida interpone recurso de casación con apoyo en los ordinales 1.º, 3.º y 4.º del artículo 1692 LEC, realizando diversas alegaciones al respecto. (J. L. B.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Facultad de autocontratación. Límites.—Declara el TS que la facultad de autocontratación, aunque ha sido admitida por la jurisprudencia, ha de entenderse como personalísima, de manera que no puede transmitirse a un tercero. El ejercicio de esta facultad queda restringido, además, por los límites de la buena fe prescrita por el artículo 1258 CC y la proscripción del ejercicio abusivo (art. 7.2 CC).

Prueba del conflicto de intereses entre representante y representado.—Es doctrina jurisprudencial que, para acreditar un conflicto de intereses por el cual se pretende anular un contrato celebrado por el representante, ha de probarse el perjuicio o gravamen que ha sufrido el patrimonio del representado. Tal prueba no compete a este último (STS de 19 de febrero de 2001), sino al primero, ya que cuando en el Código civil se prohíbe la autocontratación respecto del mandatario no se condiciona a ningún requisito, ni se establece una presunción favorable al mandatario que deba destruir el mandante.

Prueba por medio de *presumptio hominis* o *presumptio facti*. Impugnación en casación.—Sólo se puede censurar el juicio lógico en que se basa esta prueba cuando notoriamente falte el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio o raciocinio humano, que se ha de establecer para asentar la presunción entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir de él. (STS de 22 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanos otorgaron en 1987 poder notarial a favor de su madre, doña A. A. H., apoderando a ésta para que, en su nombre, pudiera disponer, enajenar, gravar, adquirir y contratar,

activa y pasivamente, respecto de toda clase de bienes muebles e inmuebles de los poderdantes. Así, la madre ostentaba la plena representación de cada uno de sus hijos, sin traba ni excepción alguna, incluso en el caso de que incurriera en autocontratación.

Haciendo uso de tales poderes, en 1990, doña A. A. H., actuando en nombre y representación de ambos hijos, transmitió la propiedad de una finca de su hijo a su hija; finca que, en julio de 1991, adquirió para sí, a través de escritura de compraventa, en la que intervino como compradora, en su propio nombre, y como vendedora, en nombre de su hija. Un mes después de esta venta, la madre otorgó poder a don M. A. H. en el que le facultaba a vender o autovenderse —aunque incidiera en la figura de la autocontratación— en nombre de la hija de la apoderada una finca de propiedad de ésta. En virtud de dicho poder, el nuevo apoderado compra para sí y su sociedad conyugal la finca en cuestión.

La hija interpone entonces demanda contra su madre y contra don M. A. H. solicitando la declaración de nulidad de las dos transmisiones inmobiliarias referidas y la declaración de que la titularidad de las fincas transmitidas es de la demandante. Si bien el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, tal fallo es recurrido por la madre demandada. Ante la desestimación del recurso por parte de la Audiencia Provincial, interpone recurso de casación la madre. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

11. Reconocimiento de deuda. Carácter causal.—En nuestro Derecho todo reconocimiento de deuda ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto, pero puede ocurrir que la causa no esté indicada o lo esté solamente de forma genérica; o bien que se halle plenamente expresada, en cuyo caso resulta perfectamente conocida la fuente u origen de la obligación y la función negocial a que responde. En la primera hipótesis, a la que se le suele denominar reconocimiento de deuda abstracto o formal, es de aplicación el artículo 1277 CC, con arreglo al que se presume que la causa existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, y la doctrina jurisprudencial consistente en que, en virtud de una abstracción procesal, se dispensa de probar al titular del derecho de crédito objeto de reconocimiento y se hace recaer el *onus probandi* sobre el obligado. En la técnica procesal se razona que se produce una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la presunción legal (de naturaleza *iuris tantum*), aunque un sector doctrinal prefiere hablar de regla especial de prueba por no concurrir en la construcción legal todos los elementos estructurales que configuran la presunción. En el segundo caso, cuando la causa se halla plenamente expresada, y en el que se alude al reconocimiento de deuda como causal, no es de aplicación el artículo 1277 CC porque la presunción o regla que éste contiene resulta innecesaria. En tal sentido se orienta la jurisprudencia (SS de 24 de octubre de 1994, 13 de febrero de 1998 y 27 de noviembre de 1999, entre otras).

En el supuesto de autos resulta evidente que no nos hallamos ante un reconocimiento de deuda abstracto porque claramente se expresa la causa, al referirse a la liquidación del precio de la parte de obra ejecutada —que se entrega—, en virtud de un contrato de ejecución de obra que se rescinde (*rec-*

tius, resuelve) por mutuo disenso. Por lo que, nos hallemos ante un reconocimiento de deuda causal o constitutivo, o ante una estipulación contractual de fijación jurídica en la que se liquidan las consecuencias de una previa relación jurídica que se extingue, y especialmente el precio, lo cierto es que resulta inaplicable el artículo 1277 CC. No es cierto que la sentencia recurrida afirme que el contrato de reconocimiento de deuda de 21 de abril de 1993 se fundamenta en una causa abstracta, pues lo que sostiene es precisamente todo lo contrario. Razona el juzgador de instancia que «no se trata tanto de un reconocimiento abstracto de deuda, en el sentido que viene admitiéndose por la jurisprudencia (SSTS de 8 de marzo de 1956, 15 de febrero y 14 de marzo de 1989 y 21 de julio de 1994, entre otras) y la doctrina científica; es decir, con causa inexpresada y de abstracción procesal, que se construye en torno al artículo 1277 CC, sino de un verdadero contrato causal –aunque atípico– por cuanto la causa se incorpora al contrato (*causa solvendi*), alcanzando el reconocimiento de deuda efectos constitutivos lo que conlleva no sólo el facilitar a la actora un medio de prueba sino dar por existente una situación de débito contra el demandado (SSTS de 23 de abril y 27 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1993 y 24 de octubre de 1994)». (STS de 1 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 3 de junio de 1992 la empresa *House INN, S. L.* celebró un contrato de obra con *Blitzkrieg, S. L.*, con el objeto de que esta empresa construyera veintidós viviendas en la urbanización *Los Sauces* del término municipal de Santa María de Guía (Gran Canaria). El día 21 de abril de 1993 ambas empresas acordaron extinguir ese contrato por mutuo disenso. En el mismo acto *Blitzkrieg, S. L.* entregó las obras ejecutadas hasta la fecha a la promotora y comitente *House INN, S. L.* y ésta reconoció adeudar distintas cantidades –la sentencia no concreta los términos del reconocimiento de deuda realizado–. Posteriormente, la contratista *Blitzkrieg, S. L.* interpuso demanda en la que reclamó a *House INN, S. L.* el pago de la cantidad de 39.369.555 pesetas y los intereses devengados, y ésta formuló reconvencción en la que reclamó a aquélla la restitución de la suma de 18.364.870 pesetas, como consecuencia de haber pagado más de lo debido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenó a *House INN, S. L.* al pago de la cantidad a determinar en ejecución de la sentencia y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por parte de esa empresa, la Audiencia Provincial lo estimó únicamente en el sentido de condenarla a pagar a *Blitzkrieg, S. L.* la cantidad de 36.525.563 pesetas y los intereses legales correspondientes. El TS desestima el recurso de casación que la empresa *House INN, S. L.* ha interpuesto con apoyo, entre otros motivos, en una interpretación errónea de la regulación del reconocimiento de deuda abstracto. (*J. M. B. S.*)

12. Nulidad de pleno derecho del contrato: apreciación de oficio.—Dice la S de esta Sala de 15 de diciembre de 1993 que «si bien las SS de 29 de marzo de 1932, 15 de enero y 20 de octubre de 1949, 28 de abril de 1963 y otras admiten la posibilidad de una declaración de oficio de la nulidad

para evitar que los Tribunales, por el silencio de las partes, puedan amparar hechos torpes o constitutivos de delito, también es cierto que ello sólo tiene justificación ante actos nulos de pleno derecho (art. 6.3 CC), pero no ante negocios no afectos de vacío o no infracción de un precepto claro y terminante –SS de 11 y 22 de marzo de 1965– y mucho menos respecto de actos y negocios cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto mientras no se impugnen en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa –SS de 31 de diciembre de 1949, 15 de octubre de 1957 y 16 de mayo de 1970– en atención a las posibles consecuencias de la acción». Doctrina que se reitera en la S de 24 de abril de 1997.

Su aplicación a un supuesto de representación aparente.—La S de 22 de octubre 1999 dice que «cierto que el artículo 1259 CC declara la nulidad de los actos realizados por quien carece de autorización o representación legal de la persona a cuyo nombre contrata». Pero a continuación la misma sentencia añade que «en contra de lo que sostiene el actor, esa nulidad no es absoluta, sino que puede ser neutralizada por la ratificación expresa o tácita, del *dominus negotii*, confirmándose así el negocio transmisivo». Además, la sentencia de 23 de octubre de 1980 afirma que «esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio y en contra del representado». De acuerdo con ello, en el presente caso nos encontramos ante un contrato que no puede calificarse de nulo de pleno derecho al amparo del artículo 6.3 CC ni de inexistente, por lo que al declararlo así de oficio la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia al entrar en el examen de una cuestión no debatida en los autos. Se ha introducido en el debate un hecho no alegado por nadie como es la falta de representación que los codemandados se atribuyen en el documento fundamental de los autos, causando así una situación de indefensión a la actora cuya buena fe al aceptar esa manifestación de los codemandados ha de producirse.

Legitimación pasiva.—Ha de apreciarse por esta Sala, de oficio, la falta de acción de la actora frente a doña C. F. y don R. V. F. ya que no resulta acreditado que éstos fueran deudores, a título personal, de la actora y apareciendo del documento fundamentador de su pretensión que el deudor lo era el titular de la empresa, don R. V. C., y así resulta de la condición de representantes que se reconoce a los citados codemandados; falta de acción que, conforme a reiterada jurisprudencia y por tratarse de una cuestión de orden público, puede ser estimada de oficio por la Sala. En consecuencia procede desestimar la demanda formulada frente a doña C. F. P. y don R. V. F., absolviéndoles de la misma. En cambio, ha de estimarse la demanda contra la herencia yacente de don R. V. C. al resultar probada la existencia de la deuda cuyo pago se reclama por el documento de 20 de julio de 1990. (STS de 3 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 20 de julio de 1990, C. F. P. y R. V. F. celebraron un contrato de reconocimiento de deuda a favor de la empresa *Hijos de Enrique Martín, S. A.*, como representantes de una empresa cuyo titular era, respectivamente, su marido y padre, R. V. C. En aquellos momentos este último no podía administrar

ni dirigir su empresa frente a terceros debido a una enfermedad, de modo que eran su esposa y su hijo —al menos, este último— quienes habitualmente desarrollaban esas actividades. Fallecido R. V. C., la empresa acreedora, *Hijos de Enrique Martín, S. A.*, interpuso demanda en la que reclamó a C. F. P., Ramón V.F. y la comunidad hereditaria de R. V. C. el pago de la deuda reconocida, los intereses devengados y las costas. Si bien el Juzgado de Primera Instancia la estimó y condenó a los demandados a pagar las sumas reclamadas, éstos recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial desestimó la demanda al declarar la nulidad del contrato de reconocimiento de deuda por haber actuado C. F. P. y R. V. F. como representantes aparentes. La empresa demandante *Hijos de Enrique Martín, S. A.* recurrió en casación. El Tribunal Supremo no solamente declara incongruente y casa la sentencia que resuelve el recurso de apelación, por declarar de oficio la nulidad del reconocimiento de deuda, sino que además se pronuncia acerca de la legitimación pasiva de los demandados y, en consecuencia, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absuelve de la demanda a C. F. P. y R. V. F., si bien al final condena a la herencia yacente de R. V. C. (*sic*) a pagar la deuda a la empresa demandante *Hijos de Enrique Martín, S. A.* (*J. M. B. S.*)

13. Determinación del carácter solidario de las obligaciones.—La jurisprudencia ha atenuado el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC relacionado con la no presunción de solidaridad. Conforme a dicha jurisprudencia, no es necesario que en el contrato exista una clara intención en pro de la solidaridad; por el contrario, su concurrencia puede ser demostrada por el conjunto de antecedentes denotadores de lo que ha sido realmente querido por las partes. En este sentido, cabe destacar la STS de 19 de julio de 1989 en la que puede leerse que «la concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestar una interna conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico». Véanse también a este propósito las SSTS de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982, 19 de junio de 1984, 26 de abril de 1985, 13 de diciembre de 1986, 13 de febrero y 11 de octubre de 1989 y 26 de julio de 2000.

Artículo 1100 CC: situación de mora en las obligaciones recíprocas.—El artículo 1100 CC se aplica en las obligaciones recíprocas o de carácter sinalagmático y opera respecto al deudor cuando incurre en retraso al derecho a la prestación que le incumbe, por causas a él imputables; la mora del deudor se extingue cuando incurre en mora también el acreedor. El incumplimiento de una obligación de carácter accesorio no da lugar a la aplicación del artículo 1100 CC por no romper el sinalagma contractual.

Artículo 1108 CC: *in illiquidis non fit mora*.—La tradicional regla *in illiquidis non fit mora*, ha sido superada por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva. Sin embargo, sigue siendo aplicable «en aquellos casos en que se trata de fijar el *quantum* indemnizatorio, en que la liquidación del daño producido sólo se produce en la sentencia condenatoria» (FD 4.º).

Comisiones debidas y no pagadas. No es una indemnización de daños y perjuicios.—El TS observa que la petición de indemnización de daños y perjuicios que responde a las comisiones debidas y no pagadas al agente, se refiere a la retribución del agente por los servicios prestados. No se trata, pues, de una verdadera indemnización aunque como tal se haya reclamado.

Artículo 1249 CC. Imposibilidad de alegación en casación.—El hoy ya derogado artículo 1249 CC sólo podría combatirse en casación alegando error de derecho en la valoración de la prueba, con cita de las normas de valoración que se consideren infringidas. El precepto citado no contiene normas de dicha naturaleza por lo que no puede ser alegado en casación.

Artículo 1225 CC. Valor del documento privado.—La STS de 3 de abril de 1998 distingue dentro de los documentos privados por una parte, aquellos de los que nace una obligación constituida en los mismos y, por otra, aquellos a partir de los cuales se trata de obtener la constatación de un hecho. Mientras que para la eficacia de los primeros es requisito esencial la firma del obligado, la admisibilidad de los segundos debe ser más amplia, siéndoles incluso de aplicación la doctrina del TS en virtud de la cual «la falta de adverbación en el proceso de un documento privado no le priva en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate».

Ataque del juicio lógico presuntivo del tribunal de instancia. Requisitos de alegación en casación.—El juicio lógico presuntivo del tribunal de instancia sólo puede ser atacado en vía casacional cuando notoriamente presente falta de enlace racional y directo entre lo que se reputa demostrado y lo que se trata de deducir, o cuando se producen conclusiones ilógicas, arbitrarias, carentes de toda ilación racional e irreflexivas.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela. Fundamento.—La indemnización por clientela en el contrato de agencia se funda, en primer lugar, bien en la aportación por el agente de nuevos clientes al empresario, bien en un incremento sensible de las operaciones con la clientela anterior; en segundo lugar, se exige que dicha actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario. (STS de 26 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 9 de febrero de 1984 *Corbero Italia S. L.* (demandante) suscribe con *Corberó España, S. A.*, *Domar S. A.* y *Nueva Bru, S. A.* (demandadas), tres contratos de agencia en virtud de los cuales aquella procedería a la venta y comercialización en Italia de los productos fabricados por las otras tres sociedades mencionadas.

Los tres contratos contenían los siguientes pactos: en primer lugar, aquel en el que se establecía como causa de resolución el que la facturación global de cualquiera de las tres sociedades posteriormente demandadas no alcanzase los mínimos determinados en los propios contratos. Obsérvese que en virtud del pacto señalado cualquiera de las (posteriormente) demandadas podía proceder a la resolución del contrato por no alcanzarse el mínimo de ventas señalado.

En segundo lugar, se señalaba una cifra determinada de venta de los productos de las demandadas como objetivo a alcanzar en cada uno de los períodos fijados en los contratos, sin distinción entre cada una de las demandadas. En tercer lugar, se establecía que el agente no estaba autorizado a cobrar cantidades por cuenta de la empresa, ni firmar recibos, ni expedir correspondencia en nombre de la misma sin que existiese un previo acuerdo escrito en tal sentido, imponiéndose al agente una obligación de inmediata transferencia a la empresa en caso de tener que cobrar cantidades que correspondan a ésta. Por último, tanto en el contrato suscrito con *Domar, S. A.* como en el concluido con *Corbero, S. A.*, se incluía una cláusula en la que se citaban las empresas italianas con las que las mencionadas sociedades mantenían relaciones comerciales; en la citada cláusula se establecía el derecho de *Domar, S. A.* y *Corberó, S. A.* a seguir manteniendo relaciones comerciales con dichas empresas, si bien reconociendo al agente las oportunas comisiones.

Corbero Italia, S. A. interpone demanda contra *Albilux* (empresa que había absorbido a *Corberó España, S. A.*), *Domar S. A.*, *Nueva Bru, S. A.* y *Electrolux España, S. A.* solicitando la resolución de los contratos de agencia arriba mencionadas, así como la indemnización de daños y perjuicios por clientela. Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda, declarando resueltos los contratos y condenando solidariamente a las demandadas al pago de las indemnizaciones señaladas. Del pronunciamiento judicial cabe destacar el relacionado con la determinación de la indemnización por clientela: ésta se realiza en función de la previsión de ventas formulada por la actora referida a un período de tiempo superior o distinto al de duración del contrato e incluyendo los clientes propios de *Albilux, S. A.* y *Domar, S. A.* excluidos de la relación con el agente a tenor de la cláusula arriba mencionada. *Albilux, S. A.* y *Domar, S. A.* interponen sendos recursos de casación.

NOTA.—Llama la atención el FD 4.º de la sentencia analizada en el que el TS trata la superación del principio jurisprudencial *in illiquidis non fit mora*.

Debe advertirse que la matización del citado principio tiene distintas manifestaciones plasmadas en dos grandes líneas jurisprudenciales: en primer lugar aquella que considera que no existe iliquidez únicamente cuando debe realizarse una simple operación matemática (SSTS de 24 de mayo de 1994, 18 de abril de 1997, 25 de septiembre de 2000, entre otras); en segundo lugar, aquella que impone intereses moratorios aunque la cantidad se haya fijado mediante sentencia (SSTS de 5 de marzo de 1992, 22 de octubre de 1997, 25 de febrero de 2000 o 3 de diciembre de 2001, entre otras); en este sentido la STS de 1 de diciembre de 1997 estableció que «el brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, substancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala al intro-

ducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial».

La sentencia analizada se separa de esta última línea jurisprudencial, pues establece que la superación de la regla tradicional a la que nos venimos refiriendo, «no es aplicable en aquellos casos en que se trata de fijar el *quantum* indemnizatorio, en que la liquidación del daño producido sólo se produce en la sentencia condenatoria y ello aunque el fallo coincida con la cantidad pedida en la demanda, cuantía ésta que no vincula al juzgador en cuanto puede conceder menos de lo pedido» (FD 4.º).

Recientemente, la STS de 3 de diciembre de 2001, ha considerado que se ha impuesto con carácter general la segunda de las líneas jurisprudenciales citadas, aun cuando puedan encontrarse pronunciamientos recientes en contra (véase a este propósito las resoluciones recogidas en la citada sentencia). (B. F. G.)

14. Devengo de intereses legales por mora de un Ayuntamiento.—Según el artículo 921 LEC de 1881, cuando una resolución judicial condene al pago de una cantidad líquida, esta cantidad devengará intereses desde momento en que se dicte la resolución hasta su completa ejecución, pero dejando a salvo las especialidades que la Ley General Presupuestaria prevé para las Haciendas Públicas. Según el artículo 45 LGP, la Administración sólo deberá abonar intereses si no paga las sumas establecidas dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial condenatoria.

Entes que forman la Hacienda Pública.—Dado que el artículo 921 LEC atribuye un privilegio a la Hacienda Pública respecto a la fijación de intereses por mora, no se puede hacer una interpretación extensiva de este artículo. Por ello, se debe determinar qué entes componen la Hacienda Pública y que pueden beneficiarse de este privilegio. Para conocer cuáles son estos entes se debe acudir a la LGP, a la que se refiere el artículo 921 LEC de 1881. El Preámbulo de esta Ley establece que dicha Ley contiene los principios generales de la actuación del Gobierno y de la Administración respecto a los derechos y obligaciones de naturaleza económica del Estado y del sector público estatal. Además el artículo 2 define a la Hacienda Pública como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos. Finalmente, en otros preceptos la LGP también se refiere sólo al Estado y Organismos Autónomos, excluyendo otros entes públicos. Por tanto, cuando el artículo 921 LEC de 1881, en conjunción con el artículo 45 LGP, concede dicho privilegio de pago de intereses de mora a la Hacienda Pública, el legislador no se refiere a cualquier Administración Pública, sino sólo a los entes que la LGP establece que integran la Hacienda

Pública (el estado y los organismos autónomos). Si la entidad pública que debe abonar la suma establecida en una sentencia es un Ayuntamiento, no goza del privilegio del artículo 921 LEC porque no se trata ni del Estado ni de un organismo autónomo, de modo que deberá abonar los intereses devengados desde el momento en que se ha interpuesto demanda reclamando dichas sumas, como ha establecido esta Sala en otras sentencias, como las de 29 de octubre de 1999 o 12 de noviembre de 1997. (STS de 20 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera y la empresa *Aguilera y Quiles, S. L.* celebraron un contrato de arrendamiento de obra, en virtud del cual la empresa debía realizar ciertas obras y servicios a favor del Ayuntamiento. Realizadas las obras, la empresa demandó al Ayuntamiento y le reclamó el pago de la cantidad establecida, así como los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al Ayuntamiento a pagar la cantidad establecida, así como el interés legal de la expresada cantidad desde la fecha del emplazamiento hasta su completo pago. Esta resolución judicial fue recurrida por el Ayuntamiento. Desestimado el recurso de apelación, el Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera interpone recurso de casación ante el TS, alegando que no debe pagar intereses legales desde la interposición de la demanda, ya que en virtud del artículo 45 LGP y del artículo 921 LEC de 1881, sólo debe abonar intereses si no paga la cantidad establecida en una resolución judicial dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la resolución. El TS declara no ha lugar el recurso porque el Ayuntamiento no es considerado una Hacienda Pública por la LGP. (M. V. V.)

15. Incumplimiento de obligación de resultado asumida por empresa profesionalmente dedicada a suministro e instalación de equipos informáticos.— Recuerda la sentencia que según establece el artículo 1258 CC, el contenido de los contratos se extiende más allá de lo expresamente pactado, alcanzando a todas aquellas consecuencias que según la naturaleza de los mismos sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Hay, pues, un entorno natural del contrato que se supone tácitamente incluido en la voluntad de las partes y que requiere una labor de integración en la que ha de tenerse en cuenta tanto la propia naturaleza del negocio como la causa del mismo.

En el supuesto que se analiza, el convenio formalizado por *Base Informática* y la recurrente, evidentemente tenía por objeto algo más que una compraventa de material informático, lo cual en cierto modo se evidencia tanto por la rúbrica que lo encabeza («Acuerdo de contratación para equipos de proceso de datos») como porque la alusión al hecho de la venta solamente aparece en su Condición General 7.ª Además, en la 2.ª se habla de «instalación» del equipo —no simple entrega— y en la 5.ª se prohíbe al cliente introducir en el mismo modificaciones o variaciones, ya sean de forma o de técnica.

El contrato a que nos referimos contiene, sin duda, una obligación de dar, pero además y muy especialmente de hacer. *Eurosteel* esperaba una prestación no sólo de cosas, sino también de servicios —un sistema informático que

funcionase adecuadamente— a fin de obtener la satisfacción del interés que le llevaba a contratar.

Para ello, *Base Informática* asumía una obligación de indudable naturaleza profesional y técnica, que no era simplemente de medios, sino que se configuraba como verdadera obligación de resultados: proporcionar una serie de elementos —ordenador y componentes— que se integrasen adecuadamente en el sistema informático de que ya disponía la recurrente, es decir, que fuesen compatibles con él, a cuyo efecto en el equipo suministrado figuraban determinados emuladores y elementos que trataban de comunicar ambos sistemas.

Sin embargo, tal comunicación, coordinación o integración no llegó a conseguirse en momento alguno, bien porque la entidad proveedora no analizó debidamente con carácter previo el sistema de *Eurosteel*, bien por no haber acertado en la selección de material compatible, bien por carecer de la necesaria preparación técnica para cumplir el compromiso contraído.

En consecuencia, totalmente frustradas las legítimas expectativas de la recurrente, por causa exclusivamente imputable a *Base Informática* resulta obligado que por ésta sean indemnizados los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento contractual. (STS de 16 de octubre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 26 de julio de 1991, a través de un documento privado cuya denominación era «Acuerdo de contratación para equipos de proceso de datos», la entidad *Base Informática SAL*, se comprometía a instalar en los locales de *Eurosteel España S. A.* un equipo informático cuyo elemento fundamental era un ordenador NCR 3445 y cuyos restantes componentes se relacionaban y la compradora, ahora recurrente, por su parte, asumía la obligación de abonar el 20 por ciento del precio total a la firma del contrato y el resto, a la entrega del equipo, reservándose el dominio de éste el proveedor mientras no se hubiese satisfecho su precio total.

El 17 de febrero de 1992 *Bansander de Leasing S. A.* y *Eurosteel España* concertaron un contrato de arrendamiento financiero del ordenador mencionado así como de complementos del mismo que en buena parte coincidían con los que habían sido objeto del documento primeramente mencionado. *Bansander* hacía cesión a *Eurosteel* de las acciones de que pudiera hallarse asistido frente al vendedor, para cualquier reclamación que tuviera su origen en el contrato de compraventa y en especial en lo relativo a la garantía, la asistencia técnica y a los servicios postventa.

El 14 de diciembre del mismo año, *Eurosteel España* formuló demanda contra *Base Informática*, *NCR España S. A.* y *Basander de Leasing* alegando que el equipo informático, por sus graves defectos, resultaba absolutamente inútil, por lo que solicitaba la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado por la actora con *Base Informática* y la condena a esta entidad a devolverle la cantidad abonada.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda. Recurrída la sentencia por *Eurosteel España* fue confirmada la misma en grado de apelación. (O. M. B.)

16. El problema del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es una *questio facti*.—Es doctrina consolidada emanada de la jurisprudencia de esta Sala, la que establece que el problema del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es una *questio facti* y que la determinación de quien dejó de cumplir lo estipulado corresponde determinarlo al juzgador de instancia (SS de 10 de marzo de 1983, 13 de noviembre de 1985, 29 de febrero de 1988, 12 de junio de 1998 y 19 de marzo de 1991, entre otras).

Resolución contractual por frustración del fin del contrato.—No se requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente para su resolución que se frustre el fin del contrato para la contraparte y que haya un incumplimiento inequívoco —por todas la S de esta Sala de 10 de mayo de 2000—, pues una dogmática matizadora, social y jurídicamente lógica ha de impedir frustrar los legítimos derechos de los constantes cumplidores. (STS de 25 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La firma *J.B.E., S. A.* —parte recurrida— adquirió a través de un documento privado de compraventa, de fecha 19 de noviembre de 1988, a la firma *Construcciones Verde Pino, S. A.* una determinada parcela urbana y con ello los planos y proyecto de ejecución de diecisiete viviendas en fila.

Dicho documento se elevó a escritura pública con las mismas características el 16 de mayo de 1989, figurando como vendedor la firma *Europea Urbanismos Rafael Añaños Balkema, S. A.* —titular registral—.

Iniciadas las obras en dicha parcela, las mismas fueron suspendidas en virtud de una demanda interdictal, que a la postre le supuso la pérdida de más de dos mil metros cuadrados, que hacía inviable el proyecto de edificación.

La parte demandada en dicha acción interdictal lo fue la firma *J.B. Promociones, S. A.*, que pertenece como la firma *J.B.E., S. A.*, prácticamente a la misma persona. (A. G. B.)

17. Opción entre la acción de cumplimiento del contrato y la acción de resolución del contrato.—El artículo 1124 CC establece que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. En la demanda se ejercitó sólo la acción de resolución contractual, la circunstancia de que en los restantes apartados del suplico se inste el abono de determinadas cantidades no significa que se ejercite también una acción de cumplimiento contractual sino que corresponden a consecuencias de la extinción del vínculo y no de su subsistencia. La sentencia estima la resolución, de modo que el acogimiento de la condena pecuniaria tiene su fundamento en el restablecimiento del equilibrio contractual evitando el enriquecimiento injusto, razón por la cual se impone el abono de la obra correctamente ejecutada.

Requisitos para la resolución del contrato del artículo 1124 CC.—Con arreglo a la doctrina jurisprudencial reiterada, para que pueda tener lugar la resolución unilateral de un contrato con obligaciones recíprocas con fundamento en el artículo 1124 CC es preciso que exista un incumplimiento de los

obligados y que la parte que solicita la resolución contractual haya cumplido, salvo que su falta de cumplimiento sea efecto o consecuencia anterior del otro.

Propiedad de la obra en un contrato de arrendamiento de obra.—Al tratarse de un arrendamiento de obra resulta obvio que la propiedad de la obra corresponde al comitente (arrendatario en la terminología del art. 1546 CC) y que el mismo ésta obligado a satisfacer al constructor el importe de la obra correctamente ejecutada. (STS de 8 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Construcciones Hugar, S. L.* celebró un contrato de arrendamiento de obra con la *Comunidad de Villas*. La comunidad se comprometió a pagar cada parte de la obra cuando se recibiera la correspondiente certificación de obra realizada. *Construcciones Hugar, S. L.* entregó a la comunidad la correspondiente certificación, pero el pago no fue atendido y en consecuencia la entidad mercantil paralizó las obras. *Construcciones Hugar, S. L.* interpuso demanda contra los miembros de la *Comunidad de Villas* solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de obra por incumplimiento unilateral de la *Comunidad de Villas*, y la condena solidaria de sus miembros a pagar 38.382.250 pesetas. Algunos de los demandados formularon reconvencción y solicitaron la resolución del contrato de arrendamiento de obras por abandono de la obra por la entidad demandante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a todos los demandados a abonar conjunta y solidariamente parte de la suma reclamada por la mercantil y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

18. Tutela judicial efectiva.—El derecho a la tutela judicial efectiva no otorga derecho a una sentencia favorable, ni siquiera a una sentencia sobre el fondo, sino el derecho a obtener en su caso una sentencia fundada en derecho, que puede ser estimatoria total o parcial o desestimatoria, por lo que el hecho de no haberse acogido en la sentencia las pretensiones del recurrente no constituye violación del principio constitucional.

Resolución extrajudicial no aceptada por la otra parte (art. 1124 CC).—Es doctrina reiterada de esta Sala que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva, claro está, que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada (por todas, S de 23 de enero de 1999). Manifestada por el demandado-recorrido su voluntad resolutoria de los contratos habidos entre las partes, en su contestación al requerimiento que le efectuó notarialmente el demandante, en fecha 26 de marzo de 1990, voluntad resolutoria que ha de entenderse rechazada tácitamente por el señor S., la declaración resolutoria no obligada (*sic*) a quien la había emitido a acudir a la vía judicial, ante esa tácita falta de aceptación por la otra, para demandar una sentencia que declarase bien hecha la resolución;

nada impide que la parte opte por exigir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento del contrato desistiendo de su inicial voluntad resolutoria. En consecuencia, al ejercitar el tenedor de las letras de cambio libradas y aceptadas como medio para el pago del precio pactando la acción ejecutiva para su cobro, no ha actuado en forma contraria a la buena fe y ha realizado un ejercicio abusivo de su derecho a obtener, por vía judicial, la contraprestación pactada a su favor. (STS de 26 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—D. A. S. y don G. S. de S. resolvieron disolver la sociedad que habían constituido dos años antes. Don G. vendía a don A. la parte de la que era titular abonándose el precio mediante el pago de un número determinado de letras con vencimiento en la fecha que se concretaba. Igualmente pactaban una cláusula penal en cuya virtud hasta la fecha en que se pagase la última cambial librada don A. ejercería en la clínica creada por ambos la actividad operatoria exclusivamente mientras que don G. sólo pasaría consulta, actividades que concertaban de forma excluyente. El incumplimiento de estos acuerdos tendría como consecuencia que la otra parte diera por vencidas las cambiales libradas anticipadamente y pudiera exigir las cantidades que quedasen por pagar haciéndose cargo en pleno dominio de la clínica hasta que el contrario se pusiera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones; correlativamente, el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el vendedor comportaría la pérdida de las cantidades que quedarán por cobrar. Ante el impago de las cambiales promueve don G. demanda ejecutiva contra el librado-aceptante que termina con Sentencia de remate estimatoria. La sentencia quedó confirmada en su integridad en segunda instancia al no admitirse la oposición argüida por el ejecutado. Por su parte, éste —por la vía del juicio declarativo— intentó que se dictara sentencia en la que se declarase que el importe de lo debido al vendedor no era exigible, dejándose sin efecto la vía ejecutiva y levantándose el embargo trabado. Su demanda se desestimó en ambas instancias. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

19. *Exceptio non adimpleti contractus.*—La compraventa es un contrato bilateral, conmutativo, oneroso y recíproco. Se trata de un incumplimiento que reviste tal entidad que frustra las legítimas expectativas de los compradores. Estamos en presencia de un contrato de carácter sinalagmático, el de compraventa, que entroniza plenamente el principio que configura la *exceptio non adimpleti contractus*, creación jurisprudencial que encuentra su fundamento legal en los artículos 1100 y 1124 CC, que supone que si una de las partes pretende exigir a la otra el cumplimiento o la resolución del contrato de compraventa podrá oponer la referida excepción, SS de 16 de abril de 1991, 30 de octubre de 1992 y 5 de diciembre de 1997. (STS de 10 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—J. A. C. J. y A. M. C. M. compraron una finca, creyendo que estaba libre de cargas, a I. H. L. y J. L. F. S. En el contrato de compraventa las partes acordaron que el pago del precio se realizaría en dos plazos y se estableció una condición resolutoria en

caso de impago. Los compradores hicieron efectivo el primer plazo del precio, pero antes del vencimiento del segundo y último tuvieron conocimiento de la existencia de un Consorcio forestal y de un arrendamiento cinegético en dicha finca. Los compradores, cuando venció el segundo y último plazo, retuvieron parte del precio en compensación con las cargas que pesaban sobre la finca. Los compradores interpusieron demanda contra I. H. L. y J. L. S. F. S., solicitando la cancelación de la condición resolutoria por impago que pesaba sobre la finca y una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Los demandados formularon reconvencción solicitando que se condenase a los compradores a la totalidad del pago del último plazo. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a satisfacer a los actores los daños y perjuicios ocasionados tanto por la existencia del Consorcio Forestal, como por la indisponibilidad del aprovechamiento cinegético de la finca. Este Juzgado estimó la demanda reconvenzional y condenó a los compradores al pago de la cantidad que habían retenido. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por ambas partes. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por J. A. C. J. y A. M. C. M. y condenó a la parte vendedora a la cancelación de la condición resolutoria que pesaba sobre la finca porque el último plazo se entiende pagado en su totalidad ya que la cantidad retenida por los compradores se compensa con las cargas que pesan sobre la finca. (R. T. B.)

20. Rescisión del contrato por fraude de acreedores. No vinculación del Juez civil a la resolución penal.—La resolución penal había absuelto al demandado de un delito de alzamiento de bienes, pero eso no vincula al juez, porque, es obvio que, puede perfectamente, la conducta de los actores al respecto no ser constitutiva del delito en su perfecta tipicidad y, sin perjuicio de ello, encuadrarse la misma en un ilícito civil determinante de la rescisión del contrato de transmisión por fraude de acreedores establecida en el artículo 1291 CC.

Innecesaria de procedimiento previo de declaración de insolvencia.—El artículo 1294 CC establece que la acción de rescisión sólo podrá ser utilizada subsidiariamente cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para la reparación del perjuicio. La S de 2 de junio de 1994 establece que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concorra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que les afectan. (STS 22 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—J. J. G. G. contrató un préstamo con el *Banco de Fomento S. A.* Posteriormente cedió en escritura pública parte de sus

bienes a su madre R. M. G. V. A su vencimiento J. J. G.G. no devolvió el préstamo. El *Banco de Fomento S. A.* interpuso demanda contra R. M. G. V. y J. J. G. G. El Banco de Fomento S. A. solicitó que se declararan hechas en fraude de acreedores las transmisiones de fincas realizadas por José Julián G. G. a favor de su madre R. M. G. V., y que se cancelaran las inscripciones de dominio causadas por dichas transmisiones. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró las transmisiones hechas en fraude de acreedores y las rescindió. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por M. R. G. V. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*R. T. B.*)

21. La anterioridad del crédito como presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana: la deuda fiscal.—La existencia de la deuda fiscal correspondiente a períodos pasados no declarados puede apreciarse antes de que se concrete exactamente su cuantía. *En todo caso, y con independencia de la determinación del momento en que se produce el nacimiento de la obligación tributaria, resulta incuestionable* el conocimiento que el sujeto pasivo tenía del impuesto favorable a la Hacienda Pública al tiempo de realizar las enajenaciones impugnadas. Aunque el ejercicio de la acción pauliana exige que el crédito sea anterior al acto impugnado, excepcionalmente se admite su ejercicio cuando el deudor, al tiempo de enajenar, pudo prever con evidencia la existencia posterior de la deuda (FD 3.º).

Configuración jurisprudencial de los requisitos para el ejercicio de la acción de rescisión por fraude: motivación suficiente de la sentencia.—La concurrencia de los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana queda suficientemente motivada si consta el proceso lógico jurídico que dirige al fallo, teniendo en cuenta, además, que la configuración de estos requisitos es fruto de la elaboración jurisprudencial. La sola falta de una mención al artículo 1291.3.º CC no implica que la motivación de la sentencia sea insuficiente (FD 2.º). (**STS de 28 de diciembre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—Se impugnan por la vía pauliana la donación de un inmueble y la venta de unas acciones a hijos, en perjuicio de un crédito tributario. La codemandada y enajenante de los bienes había sido citada por la Inspección Tributaria con fecha 13 de noviembre de 1991 para el 3 de diciembre de ese mismo año, a causa de la falta de declaración durante varios años. El 29 de noviembre se realizaron las enajenaciones ahora impugnadas. El 6 de julio de 1992 se firmaron las actas de conformidad, declarándose una deuda fiscal de algo más de catorce millones de pesetas, que no fue pagada en tiempo y que originó un procedimiento ejecutivo de apremio en el que los bienes embargados resultaron absolutamente insuficientes. La impugnación de la donación y de la compraventa prosperó en ambas instancias. En casación no hubo lugar. (*C. J. D.*)

22. Acción rescisoria por fraude de acreedores.—La acción rescisoria se apoya en la existencia de un crédito anterior al acto fraudulento dispositivo (SSTS de 18 de julio y 27 de noviembre de 1991, 15 de septiembre y 31 de

diciembre de 1997 y 31 de mayo de 1999) actuando la rescisión con efectos de ineficacia sobrevenida.

Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la preexistencia del crédito opera en tesis general (STS de 14 de junio de 1958) siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con las peculiaridades que presenta, especialmente en aquellos supuestos en los que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia posterior del crédito (SSTS de 18 de mayo de 1988, 11 de noviembre de 1993 y 28 de junio de 1994).

El fraude se aprecia y puede existir, tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia de causarlo (SSTS de 12 de julio de 1990 y 27 de noviembre de 1991), correspondiendo a la jurisdicción civil sólo decidir tal cuestión. De hecho, debe referirse la STS de 5 de mayo de 1997, que resuelve un caso similar al que nos ocupa, en la cual declara el Tribunal que no es necesario para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible, pues basta su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago. (STS de 11 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián tramitó el juicio declarativo de menor cuantía que promovió la demanda de la Diputación Foral de Guipúzcoa en la que solicitaba la rescisión de un contrato de donación de 4 de abril de 1991, por entender que había sido realizado en fraude de acreedores. A este respecto, se dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 1995, desestimando la demanda presentada. Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Primera, la cual resolvió estimando el recurso presentado, con fecha 2 de mayo de 1996 y revocando, por tanto, la decisión inicial. Finalmente, se interpone recurso de casación al amparo del 1692.4.º LEC, alegando la infracción de los artículos 1290 y 1291.3.º y jurisprudencia, y 1290 y 1291.3.º en relación al 647 (párrafo segundo), 1297 (párrafo primero) y 1251 CC y jurisprudencia. (J. L. B.)

23. Preferencia de créditos entre pólizas de crédito y pólizas de préstamo.—Cuando concurren pólizas de crédito con pólizas de préstamo (créditos con preferencia, sin privilegio especial), entiende el TS (STS de 6 de junio de 1995) que para determinar la preferencia entre ellas se ha de atender a la fecha de creación del título. En las pólizas de crédito, ha de entenderse que esta fecha es la de liquidación o determinación de la cantidad para que ésta sea exigible (la Sentencia de remate), ya que la deuda oscila según las disposiciones y reintegros de cantidades hechas por el acreditado en la cuenta corriente donde habitualmente se gestiona el crédito. Por el contrario, en las pólizas de préstamos tal operación no es necesaria, ya que desde la fecha de la entrega del dinero queda demostrada la cantidad que se debe devolver como principal (SSTS de 29 y 7 de abril, 23 de noviembre y 4 de diciembre de 2000).

Plazo de interposición de la tercería de mejor derecho.—La tercería de mejor derecho se puede plantear en cualquier momento anterior al remate de la subasta de los bienes embargados. Una vez librado por el Secretario del Juzgado, con el visto bueno del Juez, el testimonio del auto de aprobación del

remate, parece que se ha de entender transmitido el dominio y recibido el precio por parte del acreedor que inició el procedimiento ejecutivo.

Efectos de la demanda de tercería de mejor derecho.—A diferencia de la tercería de dominio, la admisión a trámite de la demanda de tercería de mejor derecho no suspende el procedimiento de apremio, que continúa sus trámites hasta realizar la venta de los bienes embargados. El dinero que se obtenga de tal venta se habrá de depositar en un establecimiento destinado a tal efecto para hacer pago a los acreedores según el orden de preferencia que se determine en el juicio de tercería (art. 1536 LEC). (STS de 18 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el impago de dos letras de cambio, la mercantil *PROCONSA* demanda a su deudora, *SEMUJA*, en juicio ejecutivo. De ello resulta el embargo de seis fincas propiedad de *SEMUJA*, siendo subastadas tres de ellas. En el momento procesal en que dos de estas fincas quedan pendientes de aprobación de remate y la tercera, de auto de adjudicación, el *Banco Santander Central Hispano* interpone tercería de mejor derecho reclamando su preferencia para el cobro del crédito que tenía frente a *SEMUJA*, recogido en escritura pública y no cubierto por la hipoteca ejecutada.

La demanda es desestimada en primera instancia, fallo frente al cual interpone el *Banco Santander Central Hispano* recurso de apelación. El recurso es estimado y la Audiencia Provincial revoca la Sentencia de primera instancia, estimando la demanda. Interpone entonces *PROCONSA* recurso de casación, sobre la base del artículo 1533 LEC, alegando el planteamiento extemporáneo de la tercería de mejor derecho. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, de 7 de enero, la tercería de mejor derecho se regula en los artículos 613 y siguientes, correspondiendo al actual artículo 616 la regulación anteriormente contenida en el 1536 LEC. (A. M. M.)

24. Compraventa. Copropiedad. Ineficacia del negocio jurídico en que uno de los copropietarios no otorgó poder de representación ni ratificó la compraventa.—Es especialmente clara y trata un caso muy semejante al presente la S de 19 de diciembre de 1985, que dice literalmente: «La enajenación de la cosa común como cosa propia supone, en efecto, una alteración de la misma prevista en el artículo 397 CC, de añeja tradición (SS de 17 de junio de 1927, 9 de febrero de 1954, 10 de octubre de 1956, 8 de abril de 1965, 20 y 21 de febrero de 1969, 25 de abril de 1970 y 14 de diciembre de 1973), ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo 397, no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo 398, la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca, respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad. Precisamente se llega a la invocación de estos artículos 397 y 398 a la determinación discriminatoria de la validez y eficacia de los actos particulares de los comuneros, sin constancia del asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redunde en notorio y claro provecho de la comunidad, pero

no en caso contrario en que se declara la nulidad radical, como en el caso contemplado en la S de 14 de diciembre de 1973 de un arrendamiento que precisaba la unanimidad de todos los partícipes. Y si ello es así, obvio resulta que la enajenación, de mucha mayor entidad jurídica, requiere esa unanimidad, es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus órganos legales de representación complementarios de su incapacidad, para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia, por cuya razón ha de perecer el primer motivo del recurso».

La misma idea es mantenida en la S de 8 de julio de 1988 al decir: «... la enajenación de una finca por uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás es nula, sin que pueda ya alegar la subsistencia de la validez parcial del contrato...» Lo que se reitera en las SS de 25 de junio, 23 de octubre de 1990 y 30 de junio de 1993.

En el desarrollo de este motivo se mantiene que aquel contrato de compraventa se celebró sin poder de representación de uno de los copropietarios, pero medió una posterior ratificación tácita, por lo que es plenamente válido y eficaz. Este argumento se rechaza y el motivo se desestima. En primer lugar, la declaración tácita es aquella que se deduce de una declaración o de un comportamiento, que no admiten duda —como hechos concluyentes— de su significado; así las SS de 28 de septiembre de 1987 que, con abundante cita de jurisprudencia anterior, destaca la *facta concludentia* y de 19 de diciembre de 1990 que destaca la necesidad de actos inequívocos; en el mismo sentido, la de 28 de junio de 1993. En segundo lugar, la ratificación a que se refiere el motivo, no existe, no aparece, no la mencionan las Sentencias de instancia, ni esta Sala la acepta, deduciéndola de actos que de ningún modo demuestran la voluntad unívoca de ratificar. En consecuencia, el negocio jurídico —contrato de compraventa— es nulo, como dice la S de la Audiencia Provincial o más bien inexistente, ya que la pseudorrepresentante no emitió declaración en nombre de don D. A. porque carecía de poder de representación y éste, pseudorepresentado tampoco la emitió ni nunca quiso emitirla; a falta de declaración, el negocio jurídico carece de este elemento esencial y no llegó a existir.

Incongruencia interna.—El segundo de los motivos de casación se funda en el núm. 3 del artículo 1692 LEC y alega infracción del artículo 359 de la misma ley, por apreciar incongruencia en la Sentencia de instancia. El motivo se estima porque hay incongruencia interna en los pronunciamientos de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia había declarado la ineficacia parcial del (primer) contrato de compraventa (a los compradores señores B. y G.) de 3 de septiembre de 1994, ineficacia relativa a la cuota de don D. A. y validez respecto a las cuotas de las hermanas A. M.; declaración contraria a derecho, la cual llevó consigo la declaración de ineficacia parcial del (segundo) contrato de compraventa por estas mismas cuotas a don D. A., porque ya las había vendido, en el contrato anterior, a los mencionados señores B. G. Al revocar, acertadamente, la Audiencia Provincial la primera de las declaraciones, no puede mantenerse la segunda, ya que siendo totalmente inválida la primera de las compraventas, es válida la segunda. (STS de 13 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión fáctica que se plantea en el presente caso es la siguiente: la finca sita en Adamuz, provincia de Córdoba,

conocida con el nombre de «Tembladilla», dedicada a olivar, fue vendida en documento privado de 3 de septiembre de 1994 suscrito por doña M. M. C. y doña M.^a I., doña M.^a B., doña M.^a M. y doña R. A. M., como vendedoras, a don J. A. B. B. y doña A. G. P., como compradores. La primera de aquéllas añadía al pie de su firma «...por sí y en representación de don D. A. C.». La finca era copropiedad de este último y de sus hermanastras, las cuatro hermanas mencionadas.

Don D. A. C. alegó (1.º) que nunca había otorgado poder de representación ni había ratificado la compraventa; además, (2.º) posteriormente compró sus respectivas cuotas a sus cuatro hermanastras; (3.º) por ello, era propietario pleno de la finca; (4.º) por último, los compradores eran poseedores de la finca, sin derecho a poseer. Estas cuatro cuestiones constituyen los pedimentos del suplico de la demanda, formulada contra los compradores, que se han opuesto a la misma y las vendedoras, que se han allanado.

La sentencia de primera instancia, del Juzgado núm. 2 de Montoro, de 20 de abril de 1999 declaró (1.º) la ineficacia parcial del contrato de 3 de septiembre de 1994 y (2.º) la nulidad parcial del contrato de compraventa de las cuatro hermanas a don D. A.; desestimó el resto de los pedimentos. En grado de apelación, fue revocada en parte por la S de 7 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de Córdoba, que declaró (1.º) nulo, radicalmente, el contrato de compraventa de 3 de septiembre de 1994, en su totalidad, por falta de consentimiento del vendedor y mantuvo el resto del fallo de primera instancia.

Contra esta sentencia, los compradores, don J. A. B. B. y doña A. G. P. han formulado el presente recurso de casación. (A. G. B.)

25. Ausencia del litisconsorcio pasivo necesario. Vía procesal adecuada para su denuncia.—El consorcio procesal obligatorio ha de buscarse en la relación jurídico material controvertida en el pleito, para impedir que puedan ser afectados quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y asimismo para evitar resoluciones contradictorias, lo que aquí no puede ocurrir ya que sólo se ventila la responsabilidad exclusiva del propio mediador, nacida tan sólo de sus actos y cometido y no extensible a otros, salvo que se demostrare connivencia con uno de los otorgantes, lo que aquí no acontece.

La vía adecuada de utilización casacional de la ausencia del preceptivo litisconsorcio pasivo es la del núm. 3.º del artículo 1692 LEC, lo que, por otra parte, se reconoce por la propia recurrente con cita incluso de determinadas sentencias de esta Sala y por ello no se comprende la duplicidad del motivo, ya que debió utilizarse sólo la vía casacional del núm. 3.º, pues los preceptos de carácter procesal, sean de creación legal o jurisprudencial, no pueden servir de base a un recurso de casación por infracción de Ley —SS de 31 de octubre de 1989, 18 de abril de 1990, 8 de marzo, 30 de abril y 7 de mayo de 1991 y 19 de abril de 2001, entre otras.

Carácter público del Registro de la Propiedad.—El artículo 221 LH (Texto Refundido por Decreto de 8 de febrero de 1946) proclama que «los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos», precepto éste que

se corresponde con el artículo 607 CC («El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos») y que se desarrollan en los artículos 222 y 227 de la Ley y 332 a 335 del Reglamento aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947. Un interesado como comprador podrá examinar los libros –art. 222.1 de la Ley y 332.1 del Reglamento–, pedir información al Registrador sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes lo soliciten –art. 222.7 y 258 de la Ley y 334 del Reglamento– y pedir certificaciones de los asientos existentes en la finca en cuestión –art. 223.1 y 2 de la Ley y arts. 336 y ss. del Reglamento–. Ello supone que el interesado –el comprador– debe conocer la situación registral de la finca que desea adquirir y que este conocimiento de todas las cargas, condiciones y gravámenes que pesan sobre el inmueble y que lo afectan como tercero en cuanto constan en el Registro, le permiten no sólo tal examen personal, sino la petición de certificación, que incluso puede pedirse por correo o fax, acreditando el interés. La nota simple a la que se alude en la sentencia *a quo* presenta un valor puramente informativo –art. 222.5 de la Ley– y no da fe del contenido de los asientos –art. 332.5 del Reglamento.

Contrato de mediación no alcanza a responder de la existencia de cargas en la escritura de venta. Aplicación del artículo 1483 CC.–Al no constar que se encargase específicamente al mediador demandado la constancia registral a efectos de la consignación del contrato, y ello se acredita en la presencia de una nota informativa con el valor expresado, porque resulta inconcebible en una normal cautela y prudencia en un adquirente de un inmueble y más aún de una casa vivienda el no examinar el Registro o pedir una certificación de la situación de la finca en el mismo.

Ello obliga al acogimiento del motivo y a igual conclusión conduce el dato fáctico de que la intervención del mediador fue la de poner en relación a vendedor y comprador y siendo ellos los que pactaron las condiciones del contrato. En tal situación ha desaparecido la actuación del demandado y opera tan sólo la responsabilidad del vendedor, a tenor del artículo 1483 CC que concede al comprador la facultad de pedir la rescisión del contrato de compraventa o, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios y ésta sujeta a la concurrencia de los siguientes supuestos de hecho: 1.º) Que se trata de una finca gravada con una carga o servidumbre no aparente. 2.º) Que tal carga o servidumbre no se mencione en la escritura de transmisión. 3.º) Que sea de tal importancia que, de haberla conocido el comprador, deba presumirse que no la hubiera adquirido –S de 25 de abril de 1983–. (STS de 10 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.– Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan, se promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. El Juzgado dicta sentencia desestimando la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue estimado, revocando la sentencia de primera instancia. (A. G. B.)

26. Resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles.–El artículo 1504 CC establece que en el contrato de compraventa de

bienes inmuebles el comprador podrá pagar el precio convenido después de expirado el término pactado, mientras no haya sido requerido por vía notarial o judicial. Hecho el requerimiento el vendedor tiene pleno derecho a la resolución de la compraventa convenida. La resolución contractual se ejerció de forma correcta. Debe tenerse en cuenta que según reiterada doctrina de esta Sala (STS, entre otras, de 9 de marzo de 1990) el requerimiento a que se refiere el artículo 1504 CC presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa, por incumplimiento del comprador del pago del precio «sin que al mismo tiempo pueda imponerse la obligación de requerir previamente al pago».

Interpretación de los contratos.—El artículo 1281 CC establece que cuando los contratos son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. La vulneración del artículo 1282 CC es incompatible con la ya establecida interpretación adecuada del artículo 1281 CC. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—S. S. B. formalizó contrato privado de compraventa de una finca con *Promociones Morunys S. A.* Ante la falta de pago del precio convenido *Promociones Morunys S. A.* remitió a S. S. B. carta por vía notarial mediante la que se procedía a la resolución del contrato de compraventa. Posteriormente *Promociones Morunys S. A.* formalizó contrato de compraventa de dicha finca con F. J. C. M. y M. B. C. Sergio S. B. interpuso demanda contra la entidad *Promociones Morunys S. A.*, contra F. J. C. M. y contra M. B. C. El demandante solicitó la cancelación de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad a favor de F. J. C. M. y M. B. C., y la inscripción en el Registro del título a su favor. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Promociones Morunys S. A.* a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al demandante y absolvió a los codemandados. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación presentado por S. S. B. y estimó el recurso de apelación presentado por *Promociones Morunys S. A.* desestimando totalmente la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por S. S. B. (R. T. B.)

27. Desistimiento unilateral del contrato de venta con exclusiva: compensación.—En virtud de reiterada jurisprudencia relativa al contrato de venta con exclusiva (SSTS de 25 de mayo de 1966 y 14 de febrero de 1973), el TS declara que el derecho de retracción o revocación unilateral en este tipo de contratos no puede calificarse como incumplimiento contractual, por lo que no da lugar a la compensación pertinente. El desistimiento unilateral del contrato no supone aquí una infracción del artículo 1101 CC, y la indemnización de daños y perjuicios tan sólo será viable cuando dicho desistimiento se realice de mala fe, sin motivo alguno, o de modo abusivo (SSTS de 17 de diciembre de 1973, 6 de marzo de 1978, 21 de abril de 1979, 30 de junio de 1987 y 18 de julio de 2000).

Calificación jurídica de los contratos: interpretación.—Con independencia de la denominación que las partes realicen de un contrato, es el contenido real del mismo el que determina su calificación jurídica. El fin jurídico

perseguido por los contratantes y las declaraciones de voluntad que éstos realicen han de ser interpretadas por los tribunales de instancia para la calificación jurídica de los contratos (SSTS de 16 de mayo y 3 de junio de 1994, 7 de febrero y 10 de mayo de 1995, 18 de febrero de 1997 y 4 de julio de 1998). Conforme a su doctrina jurisprudencial (STS de 28 de noviembre de 1997), el TS afirma la preferencia del criterio de literalidad de los términos contractuales a la hora de interpretarlos, si bien matiza que en virtud del artículo 1282 CC también han de tenerse en cuenta otros datos, como por ejemplo la conducta de los contratantes constituida por sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato. Igualmente, considera que la determinación anual de unos objetivos de venta para ciertos productos no desvirtúa la calificación de un contrato como de distribución en exclusiva.

Congruencia y contradicción. Oposición a la demanda reconvenzional.—El requisito de la congruencia (art. 359 LEC) no impone la literal concordancia entre el fallo y las pretensiones de las partes, sino su racional adecuación. De igual forma, es doctrina reiterada del TS (STS de 30 de junio de 1986) que, para apreciar una contradicción entre los distintos pronunciamientos del fallo, ésta ha de ser de tal entidad que imposibilite la coexistencia entre ellos, por excluirse mutuamente. Es también admitida doctrinal y jurisprudencialmente (SSTS de 16 de noviembre de 1993, 8 de junio de 1996 y 24 de abril de 1999) la oposición a la demanda reconvenzional sin necesidad de un fórmula específica que la exteriorice, no pudiéndose hablar procesalmente en estos casos de una «reconvencción de la reconvencción». (STS de 18 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Se interpone demanda por la entidad mercantil *Comercial J. Pedreño S. L.* contra *Destilerías Viana S. A.* sobre incumplimiento de contrato. La parte demandada se opone a la demanda y formula reconvencción solicitando se condene a la demandante al pago de cierta cantidad más los intereses legales. *Comercial J. Pedreño S. L.* contesta a la reconvencción solicitando una indemnización en concepto de daño emergente, así como la cantidad que la sentencia determine como lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima íntegramente la reconvencción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia y estima parcialmente el recurso de apelación. El TS estima parcialmente el recurso de casación, dejando sin efecto en parte la sentencia apelada.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, la regulación del derogado artículo 359 se encuentra en el actual artículo 218 LEC que si bien no introduce importantes novedades, si ha pasado a contemplar ciertas previsiones, anteriormente no contenidas de forma expresa, que afectan a la exigencia de motivación y al deber de congruencia de las resoluciones judiciales. (S. E. M.)

28. Arrendamiento de negocio: rescisión e indemnización de daños y perjuicios.—Cuando el arrendador del negocio incumple la obligación de mantener el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo que dure el

contrato (art. 1554.3.º CC), el arrendatario puede rescindir el contrato en virtud del artículo 1556 CC. En este sentido, el TS afirma que, asumida contractualmente por el arrendador la obligación de proporcionar los requisitos administrativos necesarios para la explotación de un negocio, si dicha obligación se incumple, el arrendatario tiene la facultad de poder rescindir el contrato (SSTS de 13 de febrero de 1989, 20 de septiembre de 1990 y 3 de noviembre de 1993). No obstante, destaca el Tribunal que de esta facultad de resolución contractual no se deriva necesariamente la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, sino que éstos han de ser demostrados, puesto que su producción no es inherente al incumplimiento de las obligaciones.

Carga de la prueba.—Es doctrina reiterada del TS (SSTS de 30 de noviembre y 2 de diciembre de 1998 y 9, 10 y 29 de marzo de 1999) que el artículo 1214 CC no es apto para amparar un recurso casacional basado en el alegato de una mala valoración de la prueba. Tan sólo puede sustentarse en casación su infracción cuando exista una carencia de la misma y cuando las consecuencias negativas de tal carencia se produzcan con inversión del principio de distribución de la carga de la prueba. (STS de 24 de enero de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*Promodisco S. A.* formula demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don M. D. G. sobre resolución de contrato de arrendamiento de negocio.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda rescindiendo el contrato, pero absolviendo a la parte demandada del pago de los daños y perjuicios. Apelada la sentencia anterior por ambas partes, la Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada y absuelve de todos los pedimentos al demandado. El TS estima parcialmente el recurso de casación, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial y manteniendo la dictada por el Juzgado.

NOTA.—El artículo 1214 CC ha sido derogado por el número 2.1.º de la DD Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Actualmente la regla de la carga de la prueba se contiene en el artículo 217 LEC. (S. E. M.)

29. Resolución de contrato de arrendamiento de industria por expiración del plazo.—De acuerdo con el artículo 1566 CC, si el arrendatario permanece disfrutando de la cosa arrendada después de la llegada del término fijado, se entiende que hay tácita reconducción. Para evitar esta reconducción es necesario que la parte arrendadora haya interpelado a la arrendataria. En el caso estudiado por esta Sala no se produce el supuesto de tácita reconducción ya que el contrato no expiraba en la fecha alegada por la parte demandada (y recurrente) sino dos meses después, aunque en un documento inicial se fijase una fecha, ya que en contratos posteriores vinculados a este documento, las partes acordaron que el contrato finalizaría en julio y no en mayo, de modo que el hecho que la empresa demandada pudiese continuar disfrutando del arrendamiento con posterioridad a mayo, no era un supuesto de tácita reconducción, ya que el término pactado aún no había expirado. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Carburantes Ayala* celebró un contrato de arrendamiento de industria con la entidad *Estaciones de Servicio*

Extremadura, en virtud del cual ésta arrendaba diferentes estaciones de servicio. Aunque en unos documentos de mayo de 1985 se fijaba que el contrato tendría una duración de diez años, en el contrato celebrado en noviembre de 1986 se estableció que los contratos finalizarían el 31 de julio de 1995. Expirado este término, la sociedad *Carburantes Ayala* interpuso demanda de desahucio contra *Estaciones de Servicio Extremadura* por expiración del plazo pactado para el arrendamiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró extinguidos los contratos de arrendamiento de servicios por expiración del plazo. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, éste fue desestimado por la Audiencia Provincial de Badajoz. *Estaciones de Servicio Extremadura* interpone recurso de casación porque considera que se había producido una tácita reconducción, ya que entiende que el contrato finalizaba en mayo de 1995, de modo que al no reclamarle la sociedad *Carburantes Ayala* la devolución de las estaciones de servicio en ese momento, se producía un caso de tácita reconducción. El TS desestima el recurso porque considera que no había tácita reconducción ya que el contrato expiraba en una fecha posterior a la alegada por la recurrente. (M. V. V.)

30. Contrato de arrendamiento financiero (*leasing*). Procedencia de su calificación como tal en lugar de compraventa a plazos. Irrelevancia de la equivalencia cuotas –valor residual.–Este recurso es uno de los muchos que, aun cuando dimanantes casi siempre de una tercera de dominio, han sido resueltos por esta Sala rechazando la tesis de la compraventa a plazos, tesis normalmente sustentada en una tónica cita de la S de 28 de mayo de 1990 no suficientemente atenta al requisito de la similitud de los respectivos supuestos de hecho.

Por su claridad y pertinencia para dar respuesta a los motivos del presente recurso, viene al caso transcribir parte del FJ 2.º y la totalidad del FJ 3.º tercero de la S de esta Sala de 2 de diciembre de 1999 (recurso 937/95): «Aunque el motivo hubiese estado bien formulado casacionalmente, también es desestimable. La Audiencia ha interpretado el contrato litigioso y ha encontrado que es jurídicamente el típico contrato de *leasing* de acuerdo con la DA 7.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio. La recurrente sostiene por el contrario que esa interpretación infringe la citada disposición, y de su extensa y en gran parte innecesaria disposición, dedicada a aspectos doctrinales del *leasing* y de la venta a plazos de sobra conocidos, se puede extraer que reposa su tesis sobre dos aspectos del contrato litigioso, a saber: que no cumple lo ordenado en el apartado 3 de la DA, al que califica de requisito esencial, pues en el contrato sólo se pactó el precio global, el importe a pagar en cada mensualidad; y en que en la opción de compra el precio era equivalente al importe de una mensualidad, precio meramente simbólico, y revelador de que el contrato de *leasing* financiero no era más que la cobertura de una compraventa a plazos del camión.

Estos argumentos son erróneos. Por lo que respecta a la “sustancialidad” que atribuye a lo ordenado en el apartado 7.º de la DA, no existe más que falta de atención a los apartados 5.º y 6.º de la misma DA, en la que se revela nítidamente que la finalidad de la primera es exclusivamente de orden fiscal, en

modo alguno trasciende al orden sustantivo del contrato. La índole fiscal es todavía más clara si se repara en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de sociedades, cuya DD Única deroga expresamente, entre otros, el repetido apartado 7.º, es más, en el artículo 128, bajo el epígrafe tan significativo de “Régimen fiscal de determinados contratos financieros”, reproduce sustancialmente aquella DA de la Ley 26/1988 en sus nuevos preceptos sustitutivos de los derogados.

En lo que atañe al bajo valor residual del objeto, que es el precio de la opción de compra a la finalización del plazo de duración del *leasing*, carece de apoyo legal la tesis de la recurrente, pues como esta Sala ha dicho con reiteración, no hay ninguna norma que haya de cumplirse en la fijación de aquel valor residual (SS de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998, 1 de febrero y 26 de noviembre de 1999). Además, de nuevo olvida la recurrente la DA 7.ª de la Ley 26/1988 en su apartado 7.º (reproducido en el apartado 7.º del art. 128 de la Ley 43/1995), que obliga a las entidades arrendadoras a amortizar el coste del bien o bienes adquiridos para el arrendamiento financiero, “deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra”, en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato. Es decir, que para todos los efectos fiscales, el precio de adquisición debe corresponder a las cuotas a pagar en aquellos plazos, por lo que entonces es completamente lógico que el valor residual no sea índice significativo por sí mismo de la conversión del *leasing* en una venta a plazos.

TERCERO.—El motivo segundo [...] combate la sentencia recurrida por infringir el artículo 2 de la Ley 50/1965, de 17 de julio. Según la recurrente, fue la finalidad perseguida por los contratantes realizar una compraventa a plazos, como lo demuestra para ella que *Lisduero, S. A.* sea una mera intermediaria en la adquisición del camión, cediéndole al arrendatario financiero las acciones que tuviese contra la vendedora, y manifestando expresamente que aquel arrendatario ha acudido a *Lisduero, S. A.* para obtener una modalidad de financiación. Además, insiste en la baja estimación del valor residual del bien y dice que la cláusula general quinta reproduce el artículo 11 de la Ley 50/1968.

El motivo, cuya fundamentación básica se ha expuesto, vuelve de nuevo a combatir la interpretación del contrato que ha hecho la Audiencia, manifestando su propio y particular criterio, pero sin demostrar que aquella interpretación es ilógica o vulneradora de preceptos legales, únicos supuestos en que, según reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala, puede la misma revisar el juicio de la Audiencia. El artículo 2 de la Ley 50/1965 no sirve a esos efectos, pues sólo autoriza a averiguar la finalidad perseguida por las partes, que es lo realizado por la sentencia que se recurre.

Además, la interpretación de la recurrente está viciada por no haber tenido en cuenta que el contrato de compraventa entre la entidad arrendadora y el vendedor forma parte de la operación del arrendamiento financiero o *leasing*, bien se considere que ambos contratos son conexos por la finalidad esencial perseguida (arrendar el bien elegido por el propio arrendatario), bien que el *leasing* es un contrato mixto en que se funde la cesión de uso y la opción de compra en una causa única (S de 30 de julio de 1998 y las que cita). La *cláusula de cesión de acciones* contra el vendedor que pacta la arrendadora en *leasing* y adquirente del bien designado por el arrendatario a favor de éste *responde a su verdadero papel en la compleja operación*, que no es el de adquirir para sí y para su uso el bien sino para cedérselo en arrendamiento al que lo

ha elegido y por ello lo ha comprado, y es usual y completamente normal en esta clase de contratos (Ss de 26 de febrero de 1996 y 24 de mayo de 1999). Por lo que respecta a la incidencia en la calificación jurídica del bajo valor residual nos remitimos al examen del motivo primero, y en cuanto a la identidad entre la cláusula quinta y el artículo 11 de la Ley 50/1968, tampoco puede ser causa de desnaturalización del *leasing* pues la DA 7.ª de la Ley 26/1986 no la prohíbe ni contiene una regulación distinta (como tampoco la DA 1.ª de la nueva Ley de 13 de julio de 1998, no es aplicable al caso litigioso por regir desde fecha muy posterior al contrato y a este pleito)».

Con posterioridad, la S de esta Sala de 20 de julio de 2000 (recurso núm. 2584/1995), prestando especial atención a la doctrina contenida en otras sentencias de ese mismo año y de los dos anteriores, destacó la opción de compra a favor del usuario como elemento necesario del arrendamiento financiero, la exclusividad del objeto social de las sociedades de arrendamiento financiero y, en fin, la posibilidad de apreciar ciertamente una compraventa a plazos bajo la forma de arrendamiento financiero pero siempre que se acuerde un arrendamiento simulatorio. Y en esta misma línea ha abundado la sentencia de 6 de marzo del corriente año (recurso núm. 575/1996) destacando, de un lado, que según la actual doctrina de esta Sala la nimiedad del valor residual no basta por sí sola para descalificar el arrendamiento financiero, sobre todo si su objeto son bienes de equipo que se integran en la cadena de producción industrial de la empresa arrendataria, y, de otro, la peculiaridad del caso resuelto por la S de 28 de mayo de 1990, en el que la entidad arrendadora descontó no sólo las letras de cambio aceptadas por la arrendataria para el pago de la renta periódica sino también la que representaba el valor residual. Finalmente, la S de 4 de junio último (recurso núm. 1425/1996) ha insistido en la insuficiencia del simbolismo del valor residual para descartar la calificación de arrendamiento financiero. (STS de 21 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Bansander de Leasing S. A.* interpone demanda contra la *Compañía Internacional Vinícola Agrícola S. A.* solicitando se dicte sentencia por la que se declare la resolución del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre ambas entidades con entrega del bien objeto del mismo (un filtro de tambor rotativo) más la indemnización correspondiente a su deterioro. Se estima parcialmente la demanda declarándose la resolución del contrato y la devolución de la máquina a la actora. Se desestima la apelación que interpone la demandada. No ha lugar a su recurso de casación. (R. G. S.)

31. Contrato de arrendamiento financiero (*leasing*). Procedencia de su calificación como tal en lugar de compraventa a plazos. Irrelevancia de la equivalencia cuotas –valor residual.—Se reitera la misma doctrina que en la STS de 21 de diciembre de 2001, que se aplica a un supuesto de hecho sustancialmente idéntico. (STS de 21 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía mercantil *Bansander de Leasing S. A.* interpone demanda contra la *Compañía Internacional Vinícola Agrícola S. A.* solicitando se dicte sentencia por la que se declare la resolu-

ción del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre ambas entidades con entrega del bien objeto del mismo (una centrífuga filtrante continua) más la indemnización correspondiente a su deterioro. Se desestima la demanda. La Audiencia estimó la apelación de la actora revocando la sentencia del Juzgado y declarándose, en consecuencia, la resolución del contrato y la devolución de la máquina a la demandante. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

32. Leasing: valor residual. Inexistencia de simulación.—Dada la insistencia de la recurrente en que la escasa entidad económica del valor residual en el *leasing* conduce a otras distintas calificaciones del contrato, debe advertirse que, ya desde la S de 28 de noviembre de 1997, viene declarando esta Sala que la nimiedad del valor residual no es bastante para negar la calificación de arrendamiento financiero al contrato (SS de 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999 y 6 de marzo de 2001, entre otras). [...]

La simulación o causa falsa se ha considerado jurisprudencialmente —así SS de 23 de octubre 1989 y 20 octubre 1998— cuestión de hecho, siendo de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de instancia, debiendo ser mantenida en casación en tanto no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado (SS de 6 de marzo y de 20 de noviembre de 1999), lo que no se ha producido en el presente caso, en que permanece incólume el pronunciamiento de la Audiencia en el sentido de que «no ha probado la Tesorería apelante que tras el contrato de arrendamiento financiero se intentase disimular una compraventa a plazos, y ha quedado acreditado suficientemente que la ejecutada *Transtamara S. L.* nunca adquirió el dominio del camión embargado, ni en el momento de celebración del contrato (pues no lo cedió la arrendadora), ni posteriormente, cuando recayó la sentencia firme de fecha 19 de septiembre de 1994, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos, en los autos de Juicio de menor cuantía núm. 422/1993 (puesto que en el FJ 3.º de la citada resolución se dice claramente que, al no ejercitarse la acción resolutoria, pues se optó por exigir el cumplimiento del contrato a la arrendataria incumplidora, no se comprendía en la condena al pago de cantidad el importe previsto contractualmente como valor residual, al no haberse ejercitado en ningún momento la opción de compra)». No existe, pues, prueba alguna de simulación contractual y, en realidad, en la argumentación de la recurrente subyace el deseo de alterar la calificación del contrato en la instancia, tema ya tratado al examinar los motivos segundo y tercero. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos se suscita juicio de menor cuantía sobre tercería de dominio promovido por *Pegaso Leasing, S. A.* contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* y contra *Transtamara, S. L.* En la demanda se pide la declaración del dominio de *Pegaso Leasing, S. A.* sobre el camión objeto del embargo y el levantamiento de éste. La demanda se estima en todos sus pedimentos. La Audiencia Provincial de Burgos desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración. El recurso de casación planteado seguidamente corre la misma suerte. (R. G. S.)

33. Arrendamientos urbanos. Inactividad de la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con la revisión de rentas: artículo 100 LAU 1964. Infracción del artículo 14 CE.—No puede hacerse ningún reproche de inconstitucionalidad al artículo 100 LAU, ni a la norma reglamentaria a la que éste se refiere. El citado precepto no admite una lectura constitucional que pase por suplir judicialmente la inactividad administrativa denunciada, ya que a los Jueces y Tribunales les corresponde la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 2.1 LOPJ). Por ello, no forma parte de esa potestad «sustituir» la potestad reglamentaria que el artículo 97 CE atribuye al Gobierno.

Control de la potestad reglamentaria. Orden jurisdiccional competente.—El control de la potestad reglamentaria corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es el orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de la Administración sujeta al Derecho administrativo. (STS de 14 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1956 don M. T. V. arrendó a don N. B. Z. una finca urbana. Aunque la vivienda fue inicialmente de protección oficial, desde 1977 su régimen quedó subsumido en el artículo 100 LAU, en el particular relativo a que la renta y las cantidades asimiladas a ella de los arrendamientos que se encuentren en período de prórroga legal se adaptarán cada dos años a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, «si las partes no hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización».

Sin embargo, desde 1956 la renta no sufrió ninguna variación debido a la omisión de reglamentación a la que se refiere el citado artículo 100, lo que generó, según el arrendador, una desigualdad de hecho entre la renta que se paga y la que, según el mismo, se debería pagar, provocando un enriquecimiento del arrendatario a costa suya.

Por ello, el arrendador, fallecido posteriormente y sucedido procesalmente por su esposa, entabló demanda de procedimiento incidental de derechos fundamentales de la Ley 62/1978 contra el arrendatario interesando, con fundamento en el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE, se declare su derecho a la igualdad en la relación arrendaticia que le vincula con el demandado y, en consecuencia, su derecho a actualizar la renta del citado arrendamiento de acuerdo con las previsiones del artículo 100 LAU (esto es, actualización bienal y conforme a las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo, antes coste de la vida).

El Juzgado de Primera Instancia aprecia la excepción de falta de jurisdicción y no entra en el fondo del asunto. Dicha resolución es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, e impone las costas a la parte recurrente. (M. C. C. M.)

34. Arrendamientos rústicos históricos. Evolución legislativa en materia de pago de justiprecio que debe abonar el arrendatario por el acceso a la propiedad.—El artículo 98.1 LAR 83/1980, de 31 de diciembre, establecía una remisión a la LEF en materia de criterios de valoración. Mantiene el TS que dicha remisión no fue sustituida por los artículos 66 y ss. de la Ley 8/1990, de 25 de julio, aunque en su DD se estableciese que se derogan «en especial los preceptos sobre valoración de suelo contenidos en la legislación expropiatoria». El Alto Tribunal fundamenta su postura en el artículo 73 de la propia ley en el que se establece que «los criterios de valoración de suelo contenidos en la presente ley regirán cualquiera que sea la finalidad que motive la expropiación y la legislación urbanística o de otro carácter, que la legitime». El ámbito de aplicación del precepto reproducido estaría constituido por la expropiación forzosa, no encajando en esta figura el arrendamiento rústico y su derecho de acceso.

El criterio establecido por el artículo 98.1 LAR 83/1980 fue sustituido por el artículo 2.2 LARH 1/1992, de 10 de febrero.

Arrendamientos rústicos. Criterios temporales de aplicación de la LARH 1/1992, de 10 de febrero.—La aplicación de los criterios de valoración contenidos en dicha ley, en un proceso iniciado con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 11 de febrero de 1992, implica una aplicación retroactiva de la ley; en este tipo de casos deberá, pues, acudirse al criterio precedente, esto es, al reenvío del artículo 98 LAR 83/1980 a la LEF.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración por resoluciones contrapuestas.—Atentan al derecho a la tutela judicial efectiva aquellas resoluciones contrapuestas, sin razón alguna aparente que las avale, respecto de idénticas pretensiones.

Concepto y valor de la jurisprudencia.—La jurisprudencia es la doctrina que se mantiene en las sentencias del TS. Su función consiste en complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) en el sentido esencial de conseguir unidad de criterio. No se trata, por el contrario, de fuente del derecho, pues ni crea normas, ni produce Derecho positivo, ni se halla entre las fuentes del derecho enumeradas en el artículo 1 CC. Añádase a ello el artículo 117 CE, en el que se configura al poder judicial como poder separado e independiente del poder legislativo. (STS de 20 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Diversos arrendatarios interpusieron demandas sobre derecho de adquisición forzosa de respectivas fincas rústicas contra A. G. de Ch. E. y *La Agrícola Segoviana, S. A.* Contra todas ellas, estimadas en primera y segunda instancia, interpuso A. G. de Ch. E. los correspondientes recursos de casación; todos ellos, salvo el resuelto por la STS de 27 de abril de 1999, fueron estimados. En concreto, mientras que en la sentencia citada se mantuvo que no era retroactiva la aplicación de una norma valorativa vigente al tiempo de hacer la valoración, pese a no ser todavía vigente cuando se inició el proceso (LARH 1/1992, de 10 de febrero), en el resto de pronunciamientos el TS consideró que se trataba de aplicación retroactiva, casando, pues, las sentencias de instancia que habían seguido la primera opinión.

A. G. de Ch. E. promovió recurso de amparo ante el TC en relación con la STS de 24 de abril de 1999, que el TC anuló, ordenando

retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia a fin de que se dictase una nueva resolución.

La STS de 20 de diciembre de 2001, dictada en cumplimiento de lo declarado por el TC, abandona el criterio seguido por la STS de 24 de abril de 1999, adoptando el fijado en el resto de las sentencias. (B. F. G.)

35. Responsabilidad decenal. Solidaridad.—Estamos ante una situación de responsabilidad solidaria aplicable a los supuestos edificativos, conforme a reiterada jurisprudencia interpretadora del artículo 1591 CC, que tiende a que la reparación de los daños sea efectiva. Los perjudicados sólo han de demostrar su existencia real y de ahí que puedan dirigir su demanda contra todos los agentes que han intervenido en la edificación, por lo que la condena que se pronuncia sobre quienes son los efectivos responsables, excluyendo a alguno de ellos, mantiene la solidaridad entre ellos, que deben pechar con la reparación de lo que resultó mal construido y, en su caso, con la indemnización subsidiaria correspondiente.

Persona o personas responsables.—La S de 27 de junio de 1994, que cita la de 17 de marzo de 1993, declara que no se trata de averiguar en el pleito quién o quiénes fueron los causantes de la ruina, sino si lo son o no los que han sido demandados, en aras del principio dispositivo, imperante en el proceso civil.

Responsabilidad por culpa.—Cualquiera de los demandados puede demostrar su diligencia y con ello su falta de culpa en la causación de los daños (S de 28 de diciembre de 1990), que de este modo queda atribuida a los que resultan los efectivos responsables.

Función de la solidaridad.—No se ha producido situación alguna de indefensión, pues lo que resulta decisivo a efectos de la responsabilidad solidaria, en el ámbito de la construcción, es que los daños efectivamente obtengan la reparación adecuada por quienes resulta acreditado son los responsables de su causación, a fin de otorgar tutela judicial efectiva a quienes no tienen que soportarlos por habérselos impuesto a consecuencia de un mal hacer edificativo, pues, de otro modo, se despojaría de contenido al artículo 1591 CC en cuanto a la eficacia y protección que otorga, actuando la solidaridad como instrumento jurídico adecuado para evitar que los responsables acreditados puedan eludir las obligaciones que le corresponden (S de 21 de marzo de 1996), y también resulta previsor el referido precepto en la protección de consumidores y usuarios.

Responsabilidad de los arquitectos técnicos.—Los arquitectos técnicos están obligados a ejercer un control directo y efectivo de la actividad constructiva. Puede concurrir su incumplimiento con la responsabilidad derivada de las deficiencias en el proyecto (SS de 5 de febrero de 1993 y 22 de septiembre de 1994), ya que entre sus funciones están las de efectuar las correcciones necesarias para evitar daños (S de 15 de mayo de 1995), en la procura del proceso constructivo bien hecho y seguro. No probaron los que recurren haber obrado con la diligencia que exigía su específica actividad profesional.

Compatibilidad con la responsabilidad del arquitecto.—Sentada la responsabilidad de los demandados, no la desvía y menos exonera la que pueda corresponder al arquitecto director de la obra, que también se incluyó en la condena solidaria, pues los hechos probados ponen de manifiesto la conjun-

ción de responsabilidades de dichos técnicos que intervinieron en el proceso edificativo, conformando responsabilidad solidaria, no susceptible de individualizaciones, en relación al unitario buen hacer constructivo, que establece el artículo 1591 CC y la interpretación jurisprudencial del mismo. La responsabilidad solidaria viene impuesta a los agentes que han contribuido a la producción de los daños y cabe en su espacio jurídico concurrencia de causas que se presentan eficientes en el resultado negativo instaurado (S de 10 de noviembre de 1999), que ha de ser repuesto a los perjudicados, actuando dicha responsabilidad impropia en beneficio de éstos con el fin de que los demandados, a los que se les ha acreditado mal hacer constructivo, no puedan eludir las obligaciones reparadoras consecuentes (SS de 31 de marzo, 24 de septiembre, 25 de octubre de 1996 y 25 de junio de 1999). (STS de 18 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Diversas personas interpusieron demanda contra las que habían intervenido en el proceso de edificación del inmueble propiedad de los primeros. Éste había padecido filtraciones de agua como consecuencia de las cuales hacía falta volver a pintar algunas partes y sustituir el yeso en otras. Los demandantes ejercitaron una pretensión para que se condenase a los demandados a reparar los defectos o, en su defecto, pagar el importe de las obras correspondientes, así como para exigir el pago de las costas judiciales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de L'Hospitalet de Llobregat estimó íntegramente su demanda en su sentencia de 23 de enero de 1995, pero uno de los demandados, que había intervenido en el proceso edificativo como promotor de la obra, recurrió en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a, dictó sentencia el 15 de abril de 1996, en la que estimó íntegramente el recurso y anuló parcialmente la sentencia de instancia, pero confirmó la condena al resto de demandados, así como el pronunciamiento sobre costas. Estos otros demandados recurrieron la nueva sentencia en casación por entender que el hecho de liberar de responsabilidad al promotor incrementaba la de aquéllos. Para el TS, esto no comporta que la sentencia recurrida sea incongruente, dado que los demandantes habían solicitado que se condenase a los demandados por los defectos constructivos y lo que sucedía es que el promotor no era responsable de los mismos. Según el propio Tribunal, un recurrente en casación no puede solicitar que se condene a un codemandado que quedó absuelto. Estos argumentos, junto con la aplicación del artículo 1591 CC, llevan al TS a confirmar la sentencia recurrida.

NOTA.—El resultado del litigio habría sido seguramente distinto de haber sido aplicable al caso el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, puesto que éste impone al promotor una obligación legal de garantía de la buena construcción del inmueble (por todos, Antonio Cabanillas Sánchez, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC*, 2000, pp. 405-510, p. 467) y le hace responder solidariamente *en todo caso* de cualquier vicio o defecto que el mismo presente. Esto refuerza la configuración del promotor como garante frente a terceros y hace irrelevante su efectiva contribución causal al vicio o defecto (en sentido parecido, Rafael González Tausz, «El

nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», *RCDI*, 661, 2000, pp. 2691-2276, p. 2703). Al respecto puede verse el interesante contraste con el Derecho alemán en Florian Pagenkemper, *Die Mängelhaftung des Bauunternehmers in Spanien nach der Ley de Ordenación de la Edificación und dem Código civil*, Frankfurt am Main (etc.), Peter Lang, 2002, pp. 70-71. (A. R. G.)

36. Contrato de obra. Aumento de obra. Cálculo del aumento de precio.—La aplicación de un determinado margen de beneficio industrial no sólo se justifica por ser el usual en el ramo de la construcción, sino también porque había sido el aplicado en las certificaciones de obra abonadas hasta entonces por la demandada. El porcentaje del quince por ciento como margen usual de beneficio industrial, computable por tanto en defecto de otro debidamente acreditado, ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala (SS de 17 de octubre de 1996 y 13 de mayo de 1993, que cita a su vez las de 22 de noviembre de 1974, 10 de marzo de 1979 y 13 de mayo de 1983).

Prueba del acuerdo.—La sentencia recurrida aplica al caso la jurisprudencia de esta Sala sobre casos similares a partir de una interpretación flexible del artículo 1593 CC adaptada a la realidad social y que por tanto atiende a la muy frecuente circunstancia de que, pese al inicial encargo de la obra por ajuste alzado, posteriores y sucesivos cambios acordados entre las mismas partes den lugar a que la obra finalmente ejecutada sea muy distinta de la inicialmente proyectada. A falta de constancia documental, la prueba de esos acuerdos suele venir constituida, en cuanto al contratista, por el hecho concluyente de la propia ejecución de obras no inicialmente proyectadas y, en cuanto al dueño de la obra, por la plena constancia para él de esas obras sin poner objeción alguna, conducta reveladora de consentimiento tácito a apreciar por los órganos de instancia como cuestión de hecho (SS de 28 de febrero de 1986, 31 de octubre de 1998, 26 de noviembre de 1999 y 18 de enero de 2000 entre otras muchas). La solución aplicada por el Tribunal de segunda instancia, reconociendo al contratista su derecho al mayor precio concretado pericialmente o por una diferencia de valor, se ajusta no sólo a la doctrina de las sentencias que ya se cuida de citar ese mismo Tribunal, sino también a la contenida en sentencias de esta Sala de fecha posterior a la impugnada (por ejemplo, SS de 10 de mayo de 1997, 6 de abril de 1999, 30 de junio, 17 de julio y 26 de septiembre de 2001, entre otras).

Representación.—La sentencia impugnada ha valorado como un elemento más de prueba, dotado esto sí de especial relevancia, el esquema de liquidación de la auditora acompañado con la demanda y ha contrastado su contenido con el informe del perito auditor acordado para mejor proveer, lo que revela que su dimensión en la sentencia tiene que ver estrictamente con lo probatorio y no con ninguna representación de la demandada presuntamente atribuida por el Tribunal de instancia a la entidad auditora.

Mora. In illiquidis non fit mora.—Si bien es cierto que después de dictarse la sentencia recurrida esta Sala ha seguido aplicando en alguna ocasión el principio de *in illiquidis non fit mora* recogido en el artículo 1100 CC (así, SS de 18 de abril de 1997, precisamente en un caso de contrato de obra por ajuste alzado, 19 de abril de 1999 y 4 de julio de 2001), no lo es menos que la nueva línea jurisprudencial seguida por la sentencia recurrida se ha

impuesto con carácter general plasmándose en las SS de 2 de abril, 26 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 1997, 21 de diciembre de 1998, 22 de octubre de 1997, 12 de julio, 30 de julio, 11 de noviembre, 27 de noviembre y 29 de noviembre de 1999, 13 de abril y 8 de noviembre de 2000 y 10 de abril de 2001, sin descartarse desde luego su aplicabilidad a los litigios sobre liquidación pendiente del precio de obra ejecutada (S de 25 de febrero de 2000), por lo que su aplicación en este caso ha de entenderse ajustada a la jurisprudencia en cuanto la alternativa de fijar como fecha inicial de devengo de los intereses la de la propia sentencia de apelación rompería el principio de justo equilibrio de las prestaciones. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Ingeniería y Diseño Muñiz, S. A.* celebró con la asociación *Orígenes, arte y cultura en Asturias, Siglos VII al XV* un contrato en virtud del cual la primera se obligaba a realizar las obras de montaje, desmontaje y manutención de una exposición fotográfica sobre un tema de carácter histórico, organizada por la segunda entidad. Según parece, los comisarios de la exposición habían supervisado el proceso de montaje, y la obra había superado la inicialmente proyectada en más de un diez por ciento. La asociación aprovechó además la estructura una vez montada, pese a lo cual se negó a pagar a la otra parte las cantidades correspondientes a las obras ejecutadas y los gastos de transporte. Ante este hecho, *Ingeniería y Diseño Muñiz, S. A.* resolvió el contrato e interpuso una demanda frente a la otra parte en la que solicitaba que le pagase una cantidad de dinero en concepto de transporte, los gastos, los beneficios dejados de obtener a causa de la resolución del contrato, así como una indemnización por daños derivados de la misma, además de los intereses legales correspondientes (en total, más de ciento dieciséis millones de pesetas). El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo estimó en parte la demanda y condenó a la asociación a pagar una cantidad de unos nueve millones pesetas, correspondiente a los gastos suplidos por la demandante. Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, dictó sentencia el 11 de junio de 1996, en la que estimó en parte el recurso de la demandante y desestimó el de la demandada. De resultados de ello, ésta debía pagar a la primera una suma de algo más de setenta y dos millones pesetas. La demandada recurrió en casación. De la exposición de la sentencia se desprende que las diferencias entre las partes derivan en realidad del hecho de que la asociación se opone a abonar a la otra parte el aumento de obra. A este respecto, el TS aprueba la postura de la sentencia recurrida, que entiende que la asociación consintió dicho aumento de forma tácita, por conocer su ejecución y no oponerse al mismo. Al mismo tiempo, considera que el parámetro utilizado por la sentencia recurrida para calcular el nuevo precio es ajustado, en los términos expuestos anteriormente. Por ello, el TS entiende que el recurso no ha lugar. (A. R. G.)

37. Contrato de préstamo hipotecario: causa.—La frustración de la causa impulsiva (subjetiva) de un contrato conlleva también, según el TS, la frustración de la causa objetiva propia en el caso del contrato de préstamo. En este sentido, el TS considera como causa subjetiva la existencia de una relación laboral entre el prestatario y el banco prestamista.

Contrato de préstamo hipotecario: interpretación.—No podrá considerarse vulnerado el artículo 1256 CC cuando la extinción de la relación laboral existente entre los contratantes (causa subjetiva) se produzca por un despido improcedente y exista un acuerdo entre ellos sobre el pago de la pertinente indemnización, ya que en este supuesto la extinción de la relación laboral es fruto del consenso y no del arbitrio de una sola parte (despido ilícito). En este caso debe acudir en primer lugar a lo pactado para este supuesto (art. 1255 CC). La interpretación de dichos pactos, en virtud del artículo 1281 y ss. CC, deberá ser literal cuando sus términos sean claros y no dejen dudas sobre la voluntad de las partes. (STS de 24 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. P. V. interpone demanda contra *Banco Morgan G. T. C. of New York* sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declarando la inaplicación del vencimiento anticipado del préstamo y manteniendo el plazo de amortización y el tipo de interés pactado con el demandante antes de la cesación de la relación laboral con el demandado. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria demandada, la Audiencia Provincial lo estima, revocando la resolución recurrida y absolviendo a dicha entidad de los pedimentos contenidos contra ella. El TS desestima el recurso, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial e impone las costas del recurso a la parte recurrente. (S. E. M.)

38. Fianza. El fiador deviene acreedor del deudor afianzado desde el momento del pago.—El motivo tercero acusa infracción del artículo 1822 CC, por cuanto la parte recurrente sostiene que hasta que los fiadores no pagaron la deuda afianzada no eran acreedores. La relación de fianza no es más que generadora de una obligación de pagar por el deudor cuando éste no lo haga. No existía con anterioridad al vencimiento del crédito una indiscutible realidad crediticia que comportara su exigibilidad. En cambio, la sentencia recurrida mantiene que desde el momento de concertarse la póliza de crédito entre la *Caja Rural* en 1984 como prestamista y los demandados como prestatarios, afianzando el cumplimiento los fiadores, los deudores de la devolución quedan ya obligados con éstos. El motivo se estima, pues hasta el momento del pago el fiador no es acreedor del deudor afianzado. Durante la vigencia de la fianza sólo posee aquél la facultad de pedirle que le releve de la fianza o le otorgue una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y de los peligros de insolvencia del deudor (art. 1843 CC). Efectuado el pago por el fiador desde diciembre de 1989 y fechas sucesivas hasta 1994, no es acreedor del deudor con anterioridad. La fianza solidaria con él (que es la del caso de autos) le convierte en deudor en el mismo plano que el afianzado, pero frente al acreedor, no entre sí (arts. 1852 y 1144).

La subrogación del fiador se produce con el pago.—El motivo cuarto acusa infracción del artículo 1839 en relación con el artículo 1210.3.º, todos del Código civil. En su fundamentación se sostiene que la subrogación del fiador se produce cuando ha pagado, no antes, no siendo acreedor del deudor sino desde entonces. El motivo se estima porque efectivamente la interpretación que hacen los recurrentes del artículo 1839 es la correcta, no así la de la Audiencia, para la que la subrogación convierte al fiador en acreedor desde la fecha de constitución de la deuda avalada. Antes del pago obviamente no hay subrogación de ningún tipo.

Acción rescisoria por fraude de acreedores. Momento de su ejercicio por el fiador subrogado.—Una vez producida la subrogación, adquiere el fiador la cualidad de acreedor del deudor, por lo que es a partir de ese momento cuando podrá ejercitar la acción rescisoria de enajenaciones fraudulentas, porque es precisamente entonces, no antes, cuando pueden tener tal carácter. Así las cosas, los demandantes carecen de legitimación para interponer la acción rescisoria de los contratos celebrados por los deudores entre 1985 a 1987 por fraude de acreedores, pues la cualidad de acreedores de los demandados no nace, por lo menos, hasta que no comienzan a pagar por ellos (diciembre de 1989).

Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la rescisión de los actos dispositivos por fraude de acreedores realizados con anterioridad al nacimiento del crédito cuando tienen por objeto el procurarse una futura insolvencia, pero ello requiere que se realicen cercanamente a aquel nacimiento (SS de 28 de mayo y 28 de noviembre 1997, 31 de mayo de 1991 y 16 de junio de 1999, entre otras). En el caso litigioso no constan acreditadas estas circunstancias, o sea, que en 1985, 1986 y 1987 se previese que los fiadores pagarían dos años después, ni mucho menos que los deudores se quedarían insolventes, pues la prueba ha revelado que se han pagado parte de sus múltiples deudas, y que la *Caja* afianzada estuvo recibiendo dinero de los deudores para satisfacer su deuda con ella durante más de dos años.

Carácter subsidiario. Incidencia de la venta en garantía (*fiducia cum creditore*).—Aunque hipotéticamente tuviesen legitimación, no podría prosperar la rescisión porque no se ha demostrado la insolvencia de los deudores (arts. 1294 y 1111). Los mismos siguen siendo propietarios de los bienes que enajenaron a *Exager, S. A.* de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió, y si no pagan a su vencimiento esa empresa habrá de ejecutar esos bienes como cualquier acreedor. De lo contrario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio (S de 26 de abril de 2001 y las que cita). Los actores han enfocado muy simplemente el tema de las relaciones entre deudores (prestatarios) y *Exager, S. A.* (prestamista), pues lo han considerado como una enajenación ficticia, cuando está probado en autos que hubo un préstamo efectivo y que para garantizarlo se acudió a la enajenación con finalidad de garantía, que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido con limitaciones, entre ellas la de la observancia de la prohibición del pacto comisorio. Ello indica que seguían teniendo bienes para responder de sus deudas, no se encontraban en estado de insolvencia, por lo que no se da la necesaria subsidiariedad que requiere el artículo 1294 CC para que prospere la acción rescisoria. (STS de 5 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—S. A. A. y E. M. R. concluyeron un contrato de fianza con U. A. A. y E. A. V., en cuya virtud aquéllos se obligaron a pagar la

cantidad de 16.851.498 pesetas y los intereses legales devengados a la entidad acreedora *Caja Rural* en el caso de no hacerlo U. A. A. y E. A. V. Éstos eran deudores de esa cantidad por haber suscrito un préstamo con la caja de ahorros con fecha 29 de julio de 1986. Impagado el préstamo, los fiadores S. A. A. y E. M. R. entregaron las cantidades adeudadas a *Caja Rural* en diciembre de 1989, a requerimiento de esa entidad. Posteriormente éstos interpusieron demanda en la que reclamaron a los deudores U. A. A. y E. A. V. el pago de las cantidades afianzadas, así como la rescisión de distintos contratos celebrados por los mismos entre 1985 y 1987 con el objeto de enajenar casi todos sus bienes a favor de parientes, por fraude de acreedores. Aunque el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar las sumas reclamadas, los fiadores demandantes S. A. A. y E. M. R. recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial estimó su recurso y declaró la rescisión de aquellos contratos, incluida una venta en garantía de un préstamo otorgado por la empresa *Exager, S. A.* a favor de los deudores U. A. A. y E. A. V. No obstante, el TS estima los recursos de casación interpuestos por estos últimos y la empresa *Exager, S. A.*, casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*J. M. B. S.*)

39. Culpa extracontractual: daños en piscifactoría por elevación de temperatura de aguas de un río para refrigerar central nuclear.—La causa determinante de la mortandad de truchas que afectó a la piscifactoría, propiedad de la parte actora, sobre todo en el período junio-julio de 1993, vino a ser básicamente la utilización del río Tajo para refrigerar la central nuclear propiedad de la demandada, lo que ocasionó por sí un aumento de la temperatura de las aguas, seis grados aproximadamente por encima del límite autorizado de los 30 °C, lo que actuó como determinante decisivo para ocasionar la mortandad masiva de las truchas que se producían en las instalaciones de la actora, sin que dicho aumento de la temperatura se hubiese justificado por causas naturales, sino que fue debido a la conducta industrial agresiva de la empresa eléctrica demandada, titular de la central, que no obtuvo autorización para rebasar el límite referido, e incumplió la previsión impuesta en la concesión de construir una torre de refrigeración, aunque la instaló después de los hechos. De este modo, establecido el origen del daño de modo bien precisado, la relación causal con el resultado producido no se presenta como juicio probabilístico, sino cierto, con base en el material probatorio, que los juzgadores de instancia han interpretado con la debida racionalidad y lógica.

Responsabilidad cuasi-objetiva: determinación de la causa del daño.—Cabe decir, en general, que la causa ha de ser adecuada, y estar integrado de efectividad suficiente el acto que la pone de manifiesto, para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el resultado dañoso producido, sin dejar de lado que, en este caso, las centrales nucleares representan por sí mismas un riesgo notorio que impone adoptar todas las medidas, incluso sobrepasando las reglamentarias, para evitar que su funcionamiento resulte negativo a las personas o a las cosas, lo que ya de principio, y teóricamente, así se presenta y resulta previsible, por lo que, ocasionado el daño, la intensidad del grave riesgo instaurado actúa en línea de cuasi-objetivización, confor-

me a la doctrina actual de esta Sala, lo que impone a quien resulta responsable justificar que en el ejercicio de la actividad, aun contando con las autorizaciones administrativas pertinentes, obró con toda diligencia a su alcance, e, incluso, que extremó las medidas, lo que bien pudo conducir en este caso a una decisión de disminuir la producción o controlarla debidamente ante una grave catástrofe ecológica, pues en estos casos no cabe hablar de excesos en la previsión, sino más bien de necesidades imperiosas.

Concurrencia de culpas: riesgos internos de la piscifactoría: irrelevancia.—Con base en la declaración que hace la sentencia de instancia según la cual, partiendo de la idoneidad de las aguas del río Tajo para la cría de la trucha Arco Iris, se podrían plantear algunos riesgos, susceptibles de ser atenuados utilizando las técnicas de acuicultura adecuadas, como el sistema de inyección de oxígeno, del que, efectivamente, estaba provisto la piscifactoría, se argumenta sobre la posible concurrencia de culpas que permitiría moderar la cuantía de la indemnización. Pero se trataría de riesgos internos, de los que nada se probó hubieran incidido en el estrago causado, cuando ha quedado perfectamente identificada la causa del mismo. Resulta irrelevante el reproche en cuanto al volumen excesivo de las truchas que se criaban en el establecimiento, careciendo de toda base probatoria que ello incidiera en la masiva mortandad ocasionada.

Cuantía del daño.—En un caso como el presente no resulta fácil la evaluación exacta de los daños, y ha de estarse a las aportaciones periciales para alcanzar una decisión al respecto, lo que llevó a cabo el Juzgado de Primera Instancia y asumió la Audiencia Provincial, sin que incurrieran en una actuación arbitraria, al tratarse de daños ocasionados con constancia real y que resultaron debidamente demostrados.

Límites de las concesiones administrativas existentes: abuso de derecho.—Se trata, efectivamente, de derechos derivados de sendas concesiones administrativas (la central nuclear, por un lado, y la piscifactoría, por el otro) coexistentes y compatibles, que deben ser utilizados dentro de los límites administrativos impuestos y con el adecuado uso racional de los mismos, sin interferir con daños los derechos de uno en los del otro, que es lo que aquí ha ocurrido, pues la recurrente llevó a cabo una actuación culposa, y por el mero hecho de resultar concesionario preexistente nada le autorizaba a hacer un uso dañoso de la concesión, que resultó abusivo, dado los resultados negativos que ocasionó. En supuestos similares la jurisprudencia así lo ha entendido; la STS de 25 de marzo de 1995 acoge los daños en piscifactoría por consecuencia de operaciones de fumigación; la STS de 22 de mayo de 1995 se refiere a un caso de mortandad de huevos embrionarios y alevines de trucha por vertidos de escombrera de tierras arcillosas y gravas; la STS de 26 de enero de 1996 declara culpa ecológica por caída de cable eléctrico en piscifactoría, y la STS de 23 de julio de 1999 refiere el supuesto de causación de daño por la acción de una pala removedora, que ocasionó desprendimientos de tierras, con alto porcentaje de materias bituminosas y arcillosas, que alcanzaron la piscifactoría, con la muerte de gran número de truchas. (STS de 16 de enero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Villagómez Rodil) que muestra paladinamente la sobreexplotación a que están sometidos, al parecer, algunos de los grandes ríos españoles. Cabría

preguntarse además: ¿es prudente ubicar una piscifactoría en las proximidades de una central nuclear? Adviértase que, propiamente, la causa eficiente de los daños no está directamente constituida por la energía radioactiva (que provocaría, en tal supuesto, la aplicación de la Ley sobre daños nucleares), sino de un caso general de culpa extracontractual, aunque hay íntimas implicaciones con aquélla, que la prueba ha desvelado. La refrigeración de la central nuclear produce el notable calentamiento de las aguas del Tajo, superando notablemente los 30 °C permitidos, y tal elevación de temperatura origina la mortandad masiva de la población truchera de la piscifactoría, empresa que se sirve igualmente de las aguas del mismo río. Se trata, sin duda, de un acto ilícito civil, subsumible en el artículo 1902 CC, aunque la sentencia no ahorra calificativos peyorativos: *catástrofe ecológica, actuación agresiva de la empresa, abuso de derecho*, y llega a hablar de una *responsabilidad cuasi-objetiva*. También cabría interrogarse por otros daños que probablemente se originaron, además de los reclamados, sobre los terrenos y propiedades colindantes e, incluso, sobre las personas, que, sin embargo, no fueron objeto de reclamación (por ejemplo, si se efectuaron riegos con esas aguas a tales temperaturas, o si se ocasionaron quemaduras u otras consecuencias dañosas a quienes se bañaron en ellas). (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte de conductor de camión al volcar por ceder la cubierta de hormigón de una acequia: responsabilidad de la comunidad de regantes y de la confederación hidrográfica: competencia civil: derecho transitorio: doctrina general.—Denunciado el exceso de jurisdicción, y sin entrar en su estudio jurisprudencial o doctrinal que no es propio de una resolución, y sin dejar de reconocer que no hay la unidad de criterio que sería deseable, procede declarar la competencia de la jurisdicción civil porque el hecho sucedió en agosto de 1992, antes de la entrada en vigor de la Ley de 1992, por lo que se debe aplicar la normativa anterior comprendida sustancialmente en los artículos 40 y 41 de la Ley de 1957; además, la producción de un daño a tercero pertenece a las relaciones de derecho privado, siendo competente la jurisdicción civil, con invocación del artículo 1902 CC, y no se trata de un acto sujeto al derecho público ejercido con *ius imperium*, sino de reparar el daño derivado de la romana *Lex Aquilia*, norma de derecho privado. Asimismo, por razón de la *vis atractiva*, cuando se dirige la acción contra personas físicas y jurídicas particulares, con personalidad jurídica de derecho civil y contra entidades de derecho público, la jurisdicción competente es la civil, ya que nunca la jurisdicción administrativa podría aplicar el artículo 1902 CC a una persona de derecho privado; el desdoblamiento de órdenes jurisdiccionales distintos supondría quebrar la continencia de la causa y el riesgo de dar lugar a resoluciones distintas, e incluso opuestas. A mayor abundamiento esta Sala ha aplicado con mucha reiteración la doctrina del peregrinaje de jurisdicciones, que hay que evitar a fin de no quebrar el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que consagra el artículo 24 CE, que se produciría de estimar la excepción de exceso de jurisdicción.

Litisconsorcio pasivo necesario.—No se admite cuando los demandados están relacionados entre sí por el vínculo de solidaridad, y la jurisprudencia

siempre la ha mantenido en caso de acción aquiliana del artículo 1902 CC, de modo que no se pueden oponer ni apreciar situaciones litisconsorciales necesarias cuando se demanda a varios sujetos solidariamente responsables por el ilícito culposo.

Conducta culposa de la confederación hidrográfica.—Consiste en no adoptar u omitir las precauciones debidas y exigibles para evitar la producción del siniestro, al no advertir el grave peligro que para la circulación rodada suponía el hecho de que la cubierta de hormigón del canal sólo soportase el peso de personas, lo cual constituye una conducta omisiva que, con nexo causal, ha producido el daño. (STS de 5 de mayo de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—En teoría la muerte del conductor del camión podía haberse configurado como un accidente de trabajo, en cuyo caso hubiera podido plantearse la competencia de la jurisdicción laboral, pero la demanda contra la empresa fue desestimada en la instancia y se aquietó la parte actora; también pudo calificarse de accidente de circulación (con cierto apoyo textual, pues la sentencia habla del *grave peligro para la circulación rodada*), en cuyo caso se planteaba el tema de si una acequia cubierta podía considerarse vía pública, a efectos de la Ley de la circulación de vehículos de motor, pero la parte actora prescindió de este enfoque. Por último, la vía procesal utilizada ha sido la de demandar a la confederación hidrográfica que tenía a su cargo la conservación de la acequia en cuestión, no realizando las obras de reparación, omitiendo además el prohibir adecuadamente la circulación por el lugar indicado. Era inevitable la alegación de incompetencia de jurisdicción civil a favor de la contencioso-administrativa, pero el TS la rechaza, acumulando todos los argumentos que en la doctrina jurisprudencial se han consolidado mayoritariamente en los últimos años. No obstante, adviértase que esta doctrina sólo posee valor transitorio. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente laboral con secuela de gran invalidez: manipulación de encofrado metálico por medio de grúa: descarga de tendido eléctrico por proximidad: competencia jurisdicción civil.—La argumentación del motivo que alega competencia del orden laboral se apoya principalmente en la doctrina de la Sala de lo Social del TS, que no es aplicable al supuesto del debate, y en el criterio mantenido en dos Autos de la Sala de Conflictos del TS, cuyas resoluciones no crean doctrina jurisprudencial; lo acontecido fue la plasmación de un resultado dañoso a causa de un hecho realizado en los quehaceres laborales, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter residual y extensivo, pues en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC, doctrina de esta Sala ya reiterada y de ociosa cita.

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo con pluralidad de sujetos, y la consiguiente factibilidad de que el perjudicado pueda deducir demanda contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar el daño causado, conforme al artículo 1144 CC, lo cual descarta la posibi-

lidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual.

Prescripción: *dies a quo*.—El plazo de prescripción de la acción entablada comienza en la fecha de la determinación invalidante de las secuelas de las lesiones y de los efectos económicos de las mismas, y en este caso su fijación tuvo lugar mediante la resolución que le comunica el grado de gran invalidez, que hubo de hacerse a partir del 30 de agosto de 1991, dada la fecha que se detalla en el registro de salida de la comunicación, y como la demanda fue presentada el 29 de agosto de 1992 no cabe duda que fue deducida en tiempo hábil.

Negligencia de la empresa.—En el momento del accidente no estaba señalizada adecuadamente la ubicación de la línea de tendido eléctrico, y tampoco se adoptaron las medidas de seguridad para las tareas laborales a realizar, ni estaba presente el jefe de obra en el lugar para controlar y vigilar la maniobra, todo lo cual competía a la empresa que realizaba la obra, sin perjuicio de la responsabilidad del subcontratista; se evidencia la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC, comportamiento culposo de la empresa suficientemente acreditado, al igual que el daño ocasionado y la presencia del nexo causal, a partir de la valoración de que, en este caso, el acto antecedente tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive el efecto dañoso producido, de modo que al aparecer conductas diversas que constituyen causas eficientes parciales y simultáneas en la producción del evento lesivo los respectivos agentes responden solidariamente de su reparación.

Compensación por cantidades percibidas por el lesionado: cuestión nueva.—Se alega la compensación por las cantidades percibidas por el lesionado en virtud de póliza que cubre riesgos de invalidez, y que según el convenio colectivo pueden deducirse de las indemnizaciones declaradas por los Tribunales. Ha de tenerse en cuenta que como fundamento de un motivo de casación civil no cabe invocar la infracción de normas laborales; amén de que esta cuestión no fue suscitada en segunda instancia, por lo cual tiene la consideración de cuestión nueva; sin perjuicio de hacerla valer en el ámbito que corresponda. (STS de 4 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—En la sentencia extractada se hace expresa referencia al incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, lo que según anterior jurisprudencia de la Sala 1.^a, recaída después de los Autos de la Sala de Conflictos, excluía contundentemente la competencia civil. Cfr. mi anotación en ADC, 2000, pp. 775-778. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: negligencia de la empresa: prueba: concurso de culpas: medios inadecuados.—El accidente mortal se produce cuando el brazo de una retro-excavadora, haciendo función de grúa para alzar del suelo y depositar en una zanja un tubo de cemento de 3.500 kilogramos aproximados de peso, y 2,50 metros de longitud, el cual al oscilar alcanzó a la víctima cuando ésta se acercó al tubo en suspensión para comprobar que su enganche era correcto. Ha de rechazar la apreciación de la sentencia recurrida que considera el caso de culpa exclusiva de la víctima, al dar por supuesto, sin previa prueba, el adiestramiento del operario para el indicado cometido. Por el contrario, del informe de la Inspección de Trabajo se deduce que el método utilizado no era de uso nor-

mal, y que para el futuro la empresa ha de adoptar determinadas medidas para evitar un riesgo extremo e innecesario. De las lesiones recibidas por la víctima a causa del cabeceo del tubo al ser izado –consistentes en la rotura de las dos caderas–, se deduce un excesivo celo del obrero cuando el izado apenas había sido iniciado, determinándose en la proporción de dos tercios a un tercio la responsabilidad compartida de la empresa y del obrero.

Responsabilidad de la empresa ejecutora de la obra y del encargado de la misma.–Se establece la responsabilidad de la empresa debido a lo extraño, raquítico e incompleto de los medios para la realización de la obra, debiendo atribuirse a cicatería consciente, como pone de relieve el informe de la Inspección de Trabajo; hay responsabilidad solidaria que comparte el encargado de que dicho trabajo, pese a todo, fuera realizado, estableciendo la suma única de veinte millones de pesetas en lo que permite estimar parcialmente la reclamación inicial de treinta millones. (STS de 13 diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.–Un típico supuesto de accidente laboral por omisión de medidas de seguridad, en el que, sin embargo, no se plantea, ni se discute, la incompetencia de la jurisdicción civil para deferirla a la social. Notable esfuerzo argumental el desarrollado en esta sentencia, pues la demanda había sido rechazada en ambas instancias con base en la culpa exclusiva de la víctima; para la estimación del recurso, sirve de fundamento un cuidado informe de la Inspección de Trabajo, siendo de notar que en la sentencia extractada el hecho parece calificarse de mera responsabilidad culposa, sin fundarse en la responsabilidad por riesgo que invocaba el recurso. Un caso reciente de accidente laboral atribuido a la jurisdicción civil se resolvió por la STS de 10 de abril de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, p. 470), mientras que fue deferido a la jurisdicción social el caso resuelto por la STS de 11 de febrero de 2000 (extractada en *ADC*, 2001, p. 1297) (Pte.: Vázquez Sandes). (*G. G. C.*)

43. Culpa extracontractual. Accidente de trabajo con resultado de muerte: ausencia de medidas de seguridad: concurrencia de culpas.–El exceso de confianza del trabajador no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente en que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos; deber objetivo incumplido en este caso no sólo porque la indebida forma en que se remediaba la frecuente paralización de la cinta transportadora era algo habitual en la vida diaria de la empresa, redundando evidentemente en provecho de una mayor producción y por tanto en beneficio de ésta, y sin embargo nada se hizo en su seno para ponerle freno pese al indudable riesgo que entrañaba, sino también por la oportunidad de colocar un interruptor de paro al alcance del trabajador que, en un momento dado, se dedicase a remediar la paralización de la cinta, con el que habría disminuido el riesgo de resultados dañosos como el producido. El porcentaje de contribución de la propia víctima al daño pertenece al ámbito del tribunal de instancia, y no puede ser revisado en casación.

Responsabilidad del gerente de la empresa: la presunción de inocencia no opera, en general, en los procesos civiles: compatibilidad con la

responsabilidad de la empresa.—No cabe argumentar que el gerente era un empleado más, dado que el trabajo y la producción de la empresa eran planificados y vigilados por aquél en cuanto tal, dando órdenes directas a los obreros y presionándoles para obtener mayor actividad, ostentando poderes de la empresa. La presunción de inocencia reconocida en el artículo 24 CE no es, por regla general, aplicable en el ámbito del proceso civil, siendo doctrina del TC y de la Sala 1.ª del TS que no opera en los procesos civiles sobre culpa extracontractual. La compatibilidad entre la responsabilidad de la empresa con la de alguno de sus empleados se ha declarado, entre otras, en SSTS 12 de junio de 2000, 20 de septiembre de 2000, 2 de julio de 2001 y 13 de diciembre de 2001.

Prescripción de la acción: *dies a quo*.—La omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal, y la de la notificación del auto de archivo, no pueden ir en detrimento de los perjudicados en el sentido de que la acción civil se considere prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la producción del daño o a la terminación de las actuaciones penales. Ha declarado el TC que el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; y que el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones penales y civiles. (STS de 21 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Notable sentencia por la minuciosidad con que se recoge el *factum*: la víctima, de treinta y dos años de edad, prestaba sus servicios para la vinialcoholera demandada, cuyo trabajo y producción estaban planificados y vigilados, tanto por el gerente de la empresa como por el encargado general de la misma, a quienes compete guardar y hacer cumplir la reglamentación que regula las obligaciones y cuidados sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo. El 19 de julio de 1991, sobre las 14:30 horas, el citado operario tenía a su cargo, entre otros cometidos, vigilar y cuidar el funcionamiento de la máquina y cinta transportadora que trasladaba la casca al secadero, y al advertir, como sucedía con bastante frecuencia, que la cinta se había atascado, bajó al foso donde se encontraba el rodillo motriz que movía el sistema, y que carecía de protección, y sin desconectar el interruptor de corriente que se hallaba situado en nivel y lugar distinto, y a bastante distancia del foso, tal como con anterioridad se había hecho en numerosas ocasiones y utilizando una barra, lo que era conocido y tolerado por sus principales, en circunstancias no muy determinadas, pues el obrero no estaba acompañado por ningún compañero que le pudiera auxiliar, intentó reparar la avería, pero fue atrapado por los engranajes de la máquina, quedando enganchado por el brazo, lo que le produjo tan graves lesiones, que falleció en el acto.

La lectura de estos hechos no puede menos de evocar esa tradicional *chupuza nacional* que parecía desterrada, pero sigue practicándose en todos los niveles, para sonrojo de quienes creemos en la europeización de nuestros hábitos sociales. La demanda invoca los artículos 1902 y 1903 CC, pero el telón de fondo es el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo. La competencia civil aparece dudosa, aunque nadie la impugnó, no obstante ser de orden

público (cfr. mi extensa anotación sobre el tema en *ADC*, 2000, pp. 775-778; la doctrina consolidada requiere, para atribuir la competencia a la jurisdicción civil, que el accidente no se deba a incumplimiento de las medidas de seguridad, requisito que, en este caso, no se cumple). Sorprende, un tanto, además, la declaración de concurso de culpas. ¿No cabría sostener que la víctima no era plenamente libre a la hora de comportarse, como lo hizo, en relación con la detención de la cinta transportadora? El exceso de confianza en el trato con la maquinaria parece, más bien, *acto debido* en aras a los apremios de la dirección, de no perder tiempo en la reparación de las interrupciones de aquella. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: lesiones de escolar menor de edad durante recreo en colegio público: responsabilidad del Ayuntamiento. Competencia civil: derecho transitorio.—El presente recurso de casación dimana de un juicio de menor cuantía seguido en virtud de dos demandas acumuladas del mismo actor contra un Ayuntamiento, y la directora de un colegio público, en solicitud de indemnización por las lesiones y secuelas sufridas por un niño de diez años de edad, alumno de dicho colegio, al caerse desde un tejadillo que estaba situado a considerable altura del suelo, y al que, sin embargo, era fácil encaramarse desde la terraza habitualmente utilizada como patio de recreo por los niños de 1.º y 2.º de EGB. La sentencia de instancia constata que la demanda contra la directora únicamente persigue la llamada al proceso de un particular que justifique el rechazo de la excepción dilatoria de falta de competencia objetiva argumentada por el Ayuntamiento; pero esta conducta se compensa con la del recurrente que hace revivir en casación una excepción con cuya desestimación en primera instancia se aquietó, y, además, es doctrina jurisprudencial que el conocimiento de la demanda pertenece a la jurisdicción civil cuando el hecho ocurrió y la demanda se interpuso antes de entrar en vigor la Ley de 1992 (SSTS de 22 de diciembre de 1999, 29 de junio de 2000 y 7 de marzo de 2001).

Inaplicación de la doctrina de los actos propios.—El hecho de que el niño siguiera acudiendo al mismo colegio después del accidente no implica una renuncia a la acción, ni cabe aplicar la doctrina de los actos propios.

Negligencia del Ayuntamiento.—Es evidente, dada la peligrosa configuración de la terraza habitualmente utilizada como patio de recreo, que evidencia la absoluta desatención del Ayuntamiento a la escuela.

Defectos del recurso.—Se denuncia incongruencia de la sentencia al estimar concurrencia de culpas en la fundamentación jurídica, y no aplicarla al fallo; sin embargo, no se cita como infringido precepto alguno, lo que es causa de inadmisión, y ahora de desestimación; debe recordarse que el formalismo del recurso de casación no es incompatible, ni con el artículo 24 CE, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ni con el Convenio de Roma de 1950, según S de 19 de diciembre de 1997 del TDHE. (STS de 14 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Parece evidente que el niño lesionado concurrió con su conducta a la causación del daño que sufrió al encaramarse a un tejadillo de considerable altura que daba a la terraza en donde tenía lugar el recreo de los escolares; mientras el Juzgado de Primera Ins-

tancia desestimó la reclamación del padre, la Audiencia Provincial la estimó parcialmente reduciéndola a su mitad. Sin embargo, el recurso estaba mal fundamentado en lo relativo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por ello, era correcto desestimar el motivo por falta de fundamentación jurídica. En todo caso, supuesta la competencia civil, la mayor cuota de responsabilidad recae indudablemente sobre el Ayuntamiento, responsable del mantenimiento del centro escolar. La partida del mantenimiento de los centros escolares públicos constituye actualmente un importe nada desdeñable en el presupuesto de los Ayuntamientos; en el presente caso, se trata de una populosa ciudad, lo que, sin duda, repercute en el número de centros a su cargo. Por lo demás, parece evidente que a los niños de diez años no se les puede *tentar* todos los días con una *emocionante escalada* hacia lo más alto. Al absolverse a la directora se da por supuesto que el personal docente cumplió con sus deberes de vigilancia. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual. Lesiones causadas en tiempo de recreo. Pérdida de un ojo causada por niña de cinco años a otra compañera en juegos no peligrosos: no responden sus padres que han delegado en el centro docente sus obligaciones: caso fortuito.—Los padres de la niña de cinco años que dejó soltar el extremo de la comba, que impactó en el ojo de su compañera, originando la pérdida de la visión del mismo, no responden de los daños causados porque en el momento de producirse el accidente la niña no estaba bajo su guarda, y el artículo 1903 CC no implica una responsabilidad objetiva o por riesgo. Además no se aprecia culpa de las menores, pues las lesiones se producen cuando las niñas jugaban a saltar a la comba, actividad lúdica inocua, y de general práctica entre las niñas de esa edad, de modo que el hecho dañoso se debió a un fatal accidente, si se tiene en cuenta que el juego era practicado en un recreo durante las horas lectivas con la vigilancia de una profesora; en consecuencia, a los padres en forma alguna se les puede imputar una actitud omisiva culposa que determinaría la aplicación del artículo 1903 CC.

Responsabilidad del colegio privado.—No se puede atribuir a la dirección del centro una responsabilidad culposa omisiva, ya que el recreo estaba vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el momento a la niña lesionada, y el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre niñas de esa edad (así SSTS de 10 de octubre de 1995, 10 de marzo de 1997, 8 de marzo de 1999 y 11 de marzo de 2000). Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo (SSTS de 18 de octubre de 1999 y 11 de marzo de 2000) en los que se aplica inversión de la carga de la prueba. En el presente caso los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho relativo a las lesiones sufridas por escolares durante el recreo se reitera ante los tribunales. Así se han referido a juegos normales, carentes de riesgo, la STS de 8 de marzo de 1999 (extractada por mí en ADC, 2000, p. 1726, relativa a juegos

normales de niños de diez años) y la STS de 11 de marzo de 2000 (juegos sin riesgo). En cambio, se declara la responsabilidad del centro docente en la STS de 18 de octubre de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, pp. 961 s.) porque el juego consistía en imitar a los marcianos; asimismo se declara la responsabilidad compartida del centro y del Ministerio en el caso del balonazo que ocasiona graves secuelas, con incapacidad permanente, en un juego compartido por niños y adolescentes, en la STS de 10 de abril de 2000 (extractada en *ADC*, 2001, p. 1386 s.). Fuera de las actividades escolares, se ha considerado también juego peligroso el empleo de un tiragomas con balines, considerándose al padre; y el de un rifle con aire comprimido, responsabilizándose al padre en la STS de 11 de abril de 2000 (extractada en *ADC*, 2001, pp. 1305 s.). (G. G. C.)

46. Responsabilidad médica: doctrina general: yuxtaposición de culpas contractual y extracontractual: nexo causal: prueba.—Se ha reiterado jurisprudencialmente que la obligación del médico es una obligación de actividad —o de medios—, en el sentido de que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad, y, excepcionalmente, es una obligación de resultado, cuando se ha comprometido a la obtención de un resultado; distinción que tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, a la responsabilidad y a la prueba, según han destacado las SSTS de 22 de abril, 22 de junio, 21 de julio y 13 de diciembre de 1997. A su vez la responsabilidad médica puede tener un origen extracontractual o derivar de contrato, si bien esta Sala ha mantenido reiteradamente la yuxtaposición de responsabilidades (SSTS de 28 de junio de 1997, 10 de noviembre y 30 de diciembre de 1999). La cuestión esencial estriba en la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el resultado dañoso, que acredita la culpa del mismo; en caso de obligación de actividad, se prueba el nexo causal (caso de la STS de 13 de diciembre de 1997), o se prueba que no lo hubo (SSTS de 31 de diciembre de 1997 y 13 de abril de 1999), o se aplica la doctrina del resultado desproporcionado (SS de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999); en caso de obligación del resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en SSTS de 28 de junio y 1 de diciembre de 1997, 28 de junio, 24 de septiembre y 2 de noviembre de 1999.

Calificación del contrato entre médico y enfermo.—El presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra «proporcionándola exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue». Es correcta tal calificación, pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente; en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Son los casos que la jurisprudencia ha tratado: operación de cirugía estética (*lifting*) en la STS de 28 de junio de 1997; tratamiento para alargamiento de las piernas en STS de 2 de diciembre de 1997; colocación de dispositivo intrauterino anti-

conceptivo en la STS de 24 de septiembre de 1999; intervención de oftalmología en la STS de 2 de noviembre de 1999; tratamiento odontológico de rehabilitación de la boca, sin lograr resultado, siendo otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, de gran similitud al presente (STS de 28 de junio de 1999).

Cirugía máxilo-facial.—En el presente caso la primera actuación del demandado no tuvo el resultado buscado, por lo que, de común acuerdo con la paciente, tuvo lugar una segunda, que tampoco obtuvo resultado, por lo que, tras consultas y deliberaciones, tuvo que trasladarse a los EEUU donde sí lo obtuvo. Es claro el incumplimiento de la obligación de resultado, al que se le ha aplicado el artículo 1103 CC, sin infracción del artículo 1902 ni del 1105 CC, ya que no hay prueba de hecho fortuito o causa mayor que hayan sido causa del mal resultado que produjo la actuación del médico.

Prescripción.—Resulta inaplicable el artículo 1967.2.º CC, pues no se trata de una reclamación de honorarios, sino de indemnización por incumplimiento de la obligación de resultado derivada de contrato de obra, carente de plazo específico de prescripción, al que se aplica el de quince años como toda prescripción ordinaria de derechos personales conforme al artículo 1964 CC.

Prueba pericial.—Según SSTs de 16 de noviembre de 1999 y 13 de noviembre de 2000, es de libre valoración, sin que se permita una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que sea ilógica, absurda o contraria a una norma jurídica, lo que aquí no ocurre. (STS de 11 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—*Sentencia pedagógica* (Pte.: O'Callaghan Muñoz) en la que viene a resumirse la doctrina general mantenida por el TS cuando la responsabilidad médica se configura como actividad de resultado, y partiendo de que la calificación del contrato pertenece a la soberana apreciación judicial. La cuantía reclamada supera los cuarenta y cuatro millones de pesetas, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia; la valoración formal de ésta resulta, sin embargo, muy severa en casación, según se indica en el FD 2.º (*pésima redacción y una lamentable confusión, en la que, sin separación de párrafo ni apartados, se desconoce el razonamiento o los argumentos que llevan a la absolución del demandado*). La Audiencia Provincial estimó la apelación, si bien redujo la indemnización, aproximadamente, a la cuarta parte de lo pedido. El TS rechaza el recurso de casación. La STS de 28 de junio de 1999 ha sido extractada en este ADC, 2001, pp. 340 s. con nota de M.ª Begoña Ribera Blanes (el tratamiento inicial infructuoso duró nueve años, al cabo de los cuales la paciente se ve obligada a acudir a otro odontólogo). (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Prohibición de disponer que el padre impone en su testamento: es válida por respetar los límites legales, y aunque carezca de causa.—El padre de todos los litigantes, al disolverse la sociedad de gananciales, recibe las cuatro sextas partes de una finca, que luego transmite por testamento a sus

tres hijos con prohibición de disponer; carece de todo apoyo legal pretender la validez o ineficacia de la prohibición al amparo de los artículos 1378 y 1380 CC, pues, después de la liquidación de la sociedad, el bien perdió su carácter ganancial. Es cierto que las prohibiciones de disponer deben interpretarse restrictivamente para determinar su alcance y extensión, pero no juega para anularla cuando respeta el límite temporal del artículo 785.2.º CC; aunque no conste la razón o motivo de haberla establecido, ello no constituye un requisito del Código civil, que no siguió en este punto el derecho histórico. (STS de 11 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—No es pacífica la doctrina de no requerirse una causa o justificación a la prohibición de disponer. Para Lacruz, *Elementos* III-1.º, Barcelona, 1990, p. 320, aunque no está expresa en el Código civil, la sobreentienden en él la jurisprudencia del TS (siquiera en sentencias dictadas para Cataluña) y la Dirección General de los Registros y del Notariado (casi todas las resoluciones para Cataluña). (G. G. C.)

48. Revisión casacional de la existencia o inexistencia de buena fe.—Esta Sala en la S de 17 de julio de 1999 ya afirmó que si bien la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de libre apreciación del juzgador de instancia, no es menos cierto que también es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos, cuya valoración jurídica puede ser sometida a revisión casacional. Por otra parte, es reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que la buena fe no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento.

Concepto y trascendencia del justo título en la usucapión.—Por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles cuyos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión que de otro modo vendría a ser una institución inútil. De acuerdo con la S de 22 de julio de 1997 una cosa es la falta de eficacia de los contratos en cuanto a la finalidad que persiguen y otra que no sirvan de títulos que legitimen una prescripción adquisitiva. El hecho de que un vendedor no sea propietario es precisamente el vicio que es subsanado por la usucapión.

Interpretación del término «terceros» del artículo 1949 CC.—Cuando el artículo 1949 CC se refiere a «terceros» se está refiriendo a los terceros hipotecarios, es decir, a los que reúnen los requisitos del artículo 34 LH, entre los cuales figura el de ser adquirente a título oneroso, condición que no se tiene lógicamente si el título de adquisición es una herencia. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 26 de enero de 1951, doña M. G. P. vende una finca de la cual no era propietaria a don J. B. C. en documento privado. Éste estuvo en posesión en concepto de dueño de la mencionada finca desde la fecha de celebración del contrato de compraventa hasta su fallecimiento y posteriormente sus herederos hasta la fecha

de interposición de la demanda en 1990 por parte de A. H. C. —que era la verdadera dueña de la finca en el momento de la compraventa. La actora alegaba la nulidad del contrato al considerar la falta de poder de disposición de la vendedora. Estimada la demanda por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de La Laguna, la hija de don J. B. C. interpone recurso de apelación ante la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife alegando usucapión de la finca. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y estima la pretensión de la recurrente. Interpuesto recurso de casación por doña A. H. C., el TS declara no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

49. Interpretación del concepto de «privación ilegal» del artículo 464 CC.—Aun admitiendo que el contenido de la expresión «privación ilegal» del artículo 464 CC es más amplio que el de su precedente legal, el término *vol* del Código civil francés, y, por tanto, que no comprende sólo el hurto y el robo, sino que se extiende a figuras propias del «abuso de confianza», no hay la menor duda de que el hecho de entregar una obra pictórica a una galería de arte para que fuese gestionada su venta supone que al comprador de la obra no se le puede exigir que conozca de los pactos o acuerdos a los que hubieran podido llegar las partes y, por tanto, en pro del principio de protección al tercero que actúa en el tráfico mercantil (párrafo último del art. 464 CC), el bien mueble deviene irreivindicable. Es evidente que en la práctica comercial las galerías de arte actúan como intermediarias en la venta de obras de arte, estando plenamente legitimadas para la expedición de los títulos que justifican la adquisición de las obras. El artículo 2 CCO remite a los usos comerciales observados generalmente en cada plaza para regular los actos de comercio y es evidente que una galería de arte desarrolla esta actividad. (STS de 22 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. L. S. dejó un cuadro a la señora M. P. M. en depósito para que ésta lo vendiera, ya que era titular de una galería de arte. La mencionada señora vendió el cuadro a la entidad comercial *Lladró, S. A.* pero no entregó el precio pactado de la venta al señor J. M. L. S. Éste interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia contra la señora M. P. M. y la entidad *Lladró, S. A.*, alegando la nulidad de la compraventa efectuada por los dos codemandados, basándose en la falta de poder de disposición de la vendedora. Desestimada totalmente la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia estima parcialmente el recurso pero sólo en relación a las costas, quedando limitadas éstas a las causadas por la entidad *Lladró, S. A.* Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

50. Requisitos de la redacción del acta de una Junta de Propietarios.—A pesar que la Ley de propiedad horizontal de 1960 no contiene explícitamente cuáles son los requisitos que se deben observar en la redacción del acta de una Junta de Propietarios, de su artículo 16 se deduce que se deben mencionar tanto los asistentes como sus cuotas de participación en la comunidad, con la finalidad de comprobar que se ha alcanzado el quórum exigido

para la constitución válida de la Junta y la adopción de los acuerdos. Además, el voto de los asistentes no puede ser secreto, ya que no es suficiente con la emisión del voto para la adopción de un acuerdo, sino que también es necesario conocer la cuota del votante con la finalidad de comprobar si dicho acuerdo ha sido adoptado con la mayoría de votos y cuotas de participación exigidas por el artículo 17 LPH. (STS de 17 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La Junta de Propietarios de la comunidad de propietarios del edificio *Menguamar* adoptó un acuerdo en el que se limitaba el derecho de uso y la entrada libre a las zonas comunitarias a uno de los propietarios, el señor R. G. S. En el acta de la Junta no se especificaban las cuotas de participación en la comunidad de cada uno de los asistentes de la Junta y el acuerdo fue adoptado por voto secreto. El señor R. G. S. interpuso demanda en la que impugnaba dicho acuerdo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nulo el acuerdo. La comunidad de propietarios interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Málaga. El demandante interpuso recurso de casación ante el TS, que fue estimado. El TS considera que la sentencia de la Audiencia Provincial ha sido incongruente porque ha omitido el pronunciamiento sobre determinados puntos de la demanda. Además, según el TS, el acta del acuerdo de la Junta de Propietarios no cumplía los requisitos exigidos de forma implícito por la Ley de propiedad horizontal. (M. V. V.)

51. «Empotramiento» de una dependencia en una casa contigua. Alteración de elementos comunes a ambas casas: rehabilitación de cubierta y fachada. Consentimientos necesarios.—El «empotramiento» de una dependencia de una casa en otra, aunque implique la plena titularidad sobre el cuarenta y cinco por ciento de la planta baja, sólo legitima a los propietarios de la casa cuyas dependencias se extienden a la casa contigua a velar por la seguridad total del inmueble y por la permanencia inalterable de los cimientos, cerramientos y demás elementos estructurales relacionados con el «local remetido», para que el local de su propiedad que se remete o invade la planta baja de la casa contigua quede exento de cualquier perjuicio. La invasión de la planta baja de la casa contigua no les autoriza en modo alguno a coartar la libre iniciativa del propietario del «local remetido» en cuanto a la obtención de toda rentabilidad y prestaciones que pueda proporcionarle el resto de la casa de la que es titular, siempre que no se afecte a las mencionadas condiciones de seguridad e inalterabilidad del local. Salvo en este último caso, la inexistencia de consentimiento previo no provoca la demolición de las obras ejecutadas.

Casas «empotradas» o «remetidas». Legislación aplicable.—No se aplica la Ley de Propiedad Horizontal al supuesto de las casas «empotradas» o «remetidas», por tratarse de un condominio limitado o atípico. El pilar situado en la planta baja que sirve de apoyo a ambas casas (la casa «remetida» y la casa «que se remete») posee un indudable carácter medianero y viene a aproximar sensiblemente la situación de las mismas, a la de quienes integran una de esas comunidades *sui generis* (o comunidades de goce y utilización) que constituye la medianería, distinta de la regulada en el artículo 392 CC

(STS de 21 de noviembre de 1985). A la comunidad especial que la situación de medianería origina no puede serle aplicado el sistema de aprobación unánime de los interesados que establece el artículo 397 CC para las alteraciones en la cosa común, o el artículo 11 LPH en lo relativo a la construcción de nuevas plantas o cualquier otra alteración estructural. Las situaciones de medianería se hallan sujetas al régimen previsto en los artículos 577 y 579 CC. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña B. B., como usufructuaria, y sus hijas, como nudo propietarias, viven en una casa sita en un pueblo de Zaragoza. La casa contigua pertenece en propiedad a doña M. B. Ambas casas presentan una peculiar situación desde el punto de vista constructivo: el «empotramiento» de una dependencia de la casa de doña B.B. y sus hijas en la casa de doña M. B. Por consiguiente, el cuarenta y cinco por ciento de la planta baja de la casa propiedad de doña M. B. no le pertenece, por haber sido segregada y totalmente aislada del inmueble desde hace más de un siglo, siendo incorporada a la casa contigua a través de la cual tiene su única salida a la vía pública.

Doña M. B. decide rehabilitar la casa, demoliendo la cubierta primitiva (que es sustituida por otra íntegramente realizada con materiales modernos) y alterando también la fachada de la misma (con conversión de una ventana en balcón y apertura de otro), ambos elementos comunes al inmueble de doña B. B. e hijas. Las citadas reparaciones se realizan sin contar con el consentimiento de éstas.

Por ello, doña B. B. y sus hijas instan juicio ordinario de menor cuantía contra doña M. B. sobre demolición de obra y declaración de derechos al considerar que para la realización de las obras en litigio era imprescindible el consentimiento unánime de todos los comuneros.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, imponiendo las costas a las actoras. La Audiencia Provincial acoge parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña B. B. e hijas, y declara que sobre la casa en discordia existe una comunidad de bienes entre doña M. B. y las nudo propietarias de la casa contigua, fijando en un quince por ciento la cuota de participación de éstas en dicha comunidad respecto a los elementos que sean comunes al local referido y al resto de la casa, y desestimando las demás peticiones de la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las demandantes, por entender que las obras realizadas por la demandada no han afectado a la seguridad del edificio ni perjudicado a los elementos que efectivamente son comunes a los litigantes. (*M. C. C. M.*)

52. Prohibición de comercialización de las copias de fonogramas por parte de su comprador.—El adquirente por compra de copias de fonogramas carece de la facultad de explotarlas, sin la autorización del titular del derecho de distribución, ejerciendo una actividad mercantil en un establecimiento dedicado al alquiler de las mismas. Al adquirente le está vedada la

comercialización mediante la creación de un mercado secundario concurrente consistente en el negocio de alquiler de los fonogramas. El agotamiento del derecho de distribución o circulación a partir de la primera venta opera respecto de las ventas sucesivas, pero no extinguen totalmente el control del titular del derecho de distribución (derechos económicos), porque la adquisición de la cosa material no supone la adquisición de todos los derechos de explotación, y aunque no cabe negar a los adquirentes de los fonogramas diversas facultades dispositivas, carecen sin embargo de la de llevar a cabo la actividad comercial de alquiler de discos compactos (fonogramas) en establecimiento abierto al público, sin consentimiento del productor fonográfico. (STS de 12 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *City Digital, S. L.* se dedicaba al alquiler de discos compactos sin la debida autorización de los productores de dichos discos. Presentada demanda de cesación de la mencionada actividad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria-Gasteiz por las entidades *Discos Radiactivos Organizados, S. A.*, *Warner Music Spain, S. A.*, *Polygran Ibérica, S. A.*, *Hispavox, S. A.* y *Emi-Odeon, S. A.*, se dicta sentencia absolviendo a la demandada al considerar que la Ley de propiedad intelectual no prohíbe al propietario de un disco compacto adquirido mediante venta que proceda a su distribución en alquiler. La Audiencia Provincial de Vitoria revoca la sentencia y el TS declara no haber lugar al recurso. (A. S. C.)

53. Legitimación activa de la SGAE para la defensa de los derechos a que se extiende su actividad.—El artículo 88 LPI contempla dos situaciones: una y básica es la cesión de los derechos del autor al promotor mediante contrato que el precepto denomina de producción de la obra audiovisual, y la otra es la protección que se dispensa al productor, en cuanto titular por cesión, al establecer una presunción de condición *iuris tantum*, al tratarse de una cesión en exclusiva, con la limitación establecida en el Título IV de la ley, de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra. De este modo la relación autor-productor se desenvuelve en dos ámbitos diferenciados, uno que hay que referir a la cesión de los derechos del autor al productor y el otro a la protección que se otorga al productor en cuanto ha obtenido la propiedad de la obra o del producto. En este sentido, la legitimación de la Sociedad General de Autores de España (SGAE) tiene apoyo legal de tipo genérico tanto en el artículo 24 CE, al referirse a los derechos e intereses legítimos, como en el artículo 7 LOPI, que contempla los intereses individuales y los colectivos, así como el específico 135 LPI y el Estatuto de la SGAE. Las SS de 29 de octubre de 1999 (recurso núm. 969/1997), 29 de octubre de 1999 (recurso núm. 262/1998) y 18 de octubre de 2001 entienden que basta a la SGAE, para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad, con la aportación de la autorización administrativa que la habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura. Asimismo, la S de 18 de octubre de 2001 sostiene que la legitimación de la entidad de gestión no sería solamente presunta, sino en realidad una legitimación

propia, en cuanto inherente a su finalidad estatutaria. (STS de 18 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad General de Autores de España (SGAE) interpone demanda contra la entidad *Gestión Hispania Hotelera, S. A.* solicitando de la demandada la cesación de la utilización de obras del repertorio de la actora en la celebración de bailes en bodas y banquetes y en receptores de televisión. La entidad hotelera entiende que la SGAE no tiene legitimación activa para interponer la mencionada demanda, pues corresponde sólo al productor autorizar la explotación de la obra y por lo tanto él es el único legitimado para interponer la acción. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Terrassa desestima la demanda de la SGAE. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona revoca parcialmente la sentencia de instancia y el TS declara no haber lugar al recurso de casación al considerar que la SGAE sí tiene legitimación propia cuando se trata de la defensa de los derechos, aun cuando sean difusos, a los cuales se extiende su actividad. (A. S. C.)

54. Infracción de las normas procesales de audiencia y contradicción en el proceso ejecutivo del artículo 131 LH, al no haber sido citado y emplazado el tercer poseedor.—El procedimiento regulado en el artículo 131 LH como proceso de pura ejecución no se sigue contra el deudor, ni contra el último titular inscrito, ni contra el poseedor actual, sino contra el propio bien hipotecado. Por este motivo, en ese procedimiento no hay propiamente citaciones ni emplazamientos, sino requerimiento de pago de lo adeudado y garantizado con la hipoteca. La jurisprudencia entiende aplicable al poseedor de hecho de la finca hipotecada, siempre que esa posesión sea conocida por el acreedor, la regla quinta del artículo 131 LH que no habla de citación ni de emplazamiento, sino de simple notificación de la existencia del procedimiento. Esa notificación al último titular o al poseedor de la finca se hace a los efectos de que pueda, «si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca» (art. 131, regla 5.ª LH). Según el TS, la notificación del procedimiento al poseedor actual puede deducirse del requerimiento de pago hecho al mismo. (STS de 21 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de julio de 1989 don A. O. M. y otros venden a doña M. A. P., a su hijo y a la mercantil *Hermanos de Montemar, S. A.* unas fincas gravadas con una hipoteca por un crédito que había sido concedido a la parte vendedora. Posteriormente, los compradores dejan de abonar los plazos pactados del crédito hipotecario, a lo que se habían comprometido como parte del precio de las dos compraventas, de acuerdo a un plan de plazos pactado. Esto motiva que el banco proceda a la ejecución hipotecaria, aunque, finalmente, desiste del procedimiento antes de la celebración de las subastas.

Por todo ello, doña M. A. P., su hijo y la mercantil *Hermanos de Montemar, S. A.* formulan demanda de juicio de mayor cuantía contra los vendedores, solicitando que se declare que son ineficaces por

nulos (anulables) los contratos por los que los demandados vendieron las fincas de su propiedad a los demandantes, por concurrir dolo y maniobras fraudulentas en la vendedora como medio para la celebración del contrato. Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la petición precedente, se solicita la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa. Por último, los compradores instan la nulidad del juicio sumario ejecutivo por haberse seguido sólo contra los hipotecantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declara resueltos los contratos celebrados por los actores con los codemandados y condena a los actores a que se restituyan las fincas y a los demandados a que restituyan el dinero. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la resolución. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

NOTA.—La Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, de 7 de enero, ha suprimido los procedimientos judiciales hipotecarios y, en particular, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Sin embargo, el Capítulo V de la nueva LEC recoge prácticamente todas sus especialidades. Como consecuencia de ello, la DF 9.^a LEC ha dado una nueva redacción a los artículos 129 a 135 LH. (M. C. C. M.)

DERECHO DE FAMILIA

55. Convenios entre cónyuges. Separación de hecho.—La sentencia de la Audiencia (que es la objeto de recurso) resuelve el tema nuclear del recurso reconociendo la validez y eficacia jurídica del convenio litigioso como negocio extrajudicial. Dice que «nos encontramos con un convenio acordado por los cónyuges, no para su presentación ante la autoridad judicial y conseguir la homologación del mismo en un proceso de separación; se trata de un auténtico contrato de naturaleza privada, en el que los cónyuges de forma complementaria a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el día anterior, vienen a regular para el futuro las cuestiones económicas atinentes a los mismos, y ello a raíz de una crisis matrimonial surgida, y por la cual deciden separarse de hecho, y así lo expresan en el convenio reflejado en el documento aportado con la demanda, en cuya cláusula tercera *bis*) se menciona la existencia de las anteriores capitulaciones, y de donde se infiere el carácter complementario del acuerdo respecto de lo contenido en dichas capitulaciones». Y resume más adelante «encontrándonos ante un negocio jurídico de carácter privado, no ante un convenio regulador de una separación judicial, y siendo por tanto aquel vinculante para las partes, el recurso de apelación formulado por el demandado no puede prosperar».

Esta Sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en un proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las

situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios de Derecho de familia (S de 22 abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocido por la jurisprudencia (SS, entre otras, de 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1955, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRyN de 31 de marzo y 10 noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial. [...]

La doctrina que reconoce plena eficacia *inter partes* a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, se halla plenamente consolidada en la jurisprudencia de esta Sala (...). Por otro lado, y además de ello, la S de 22 de abril de 1997 distingue entre los convenios con y sin homologación judicial, y si bien considera tal homologación *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador del artículo 90 CC, en absoluto desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC. Y en cuanto a la otra S citada –25 de junio de 1987–, aparte de que admite la posibilidad de verificación judicial en cualquier tipo de procedimiento, y de que supuso un importantísimo avance en el reconocimiento de los acuerdos privados entre cónyuges en cuanto a materias sujetas a su disponibilidad jurídica, en cualquier caso, el supuesto contemplado es diferente del de autos, y por lo demás una sola sentencia no forma jurisprudencia y menos frente a una clara orientación posterior. (STS de 15 de febrero de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Tras siete años de matrimonio, doña J. y don C. deciden poner fin a su vida en común. Para regular su nueva situación otorgan escritura pública en la que, liquidando el régimen de gananciales, instauran el de separación de bienes. Además, al día siguiente, suscriben un documento privado en el que –bajo la denominación de «convenio regulador»– se determinaba la aportación que mensualmente don C. debería hacer a su esposa en concepto de contribución a las cargas y alimentos. Pasado un tiempo, doña Joan deduce demanda solicitando que en cumplimiento del convenio se condene al demandado al pago de determinada cantidad. El marido opone reconvencción. El Juzgado estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia rechaza la apelación del demandado. Ha lugar en parte al recurso de casación en el extremo relativo a la condena en costas. (R. G. S.)

56. Naturaleza jurídica del derecho de subrogación en arrendamiento urbano.—Como ha puesto de relieve el TS en alguna sentencia, el

derecho de subrogación no es un derecho hereditario sino un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razones de interés social. No se trata de un derecho hereditario porque no se acude al régimen de la herencia ni el causante puede disponer de él, ya que no se trata de un derecho patrimonial transmisible por herencia. Además, el contrato de arrendamiento da lugar a un derecho estrictamente personal que se extingue con la muerte de su titular. El derecho de subrogación por fallecimiento del titular nace y se agota con su ejercicio y no es susceptible de ser valorado económicamente.

La compensación económica recibida por la renuncia al contrato de arrendamiento como bien ganancial.—El derecho de arrendamiento se adquiere en el momento en que se concierta, aunque sea por subrogación, de modo que si se pacta cuando está vigente la sociedad de gananciales, se adquiere a costa de los bienes comunes, sobre todo si se tiene presente que se trata de arrendamiento de vivienda, los gastos del cual son imputables al sostenimiento de la familia (art. 1362.1 CC). Por eso, en este caso no se puede considerar que la compensación económica obtenida por la renuncia al contrato de arrendamiento dimanante de subrogación pueda ser considerado bien privativo, sino que se debe considerar bien ganancial. Esta renuncia o desistimiento del contrato no se puede considerar que derive directamente de la subrogación, ya que la subrogación es un derecho personal que se agota con su ejercicio y no es valorable económicamente. Además, se debe tener presente que según el artículo 12 de la Ley 24/1994 (aplicable al arrendamiento en cuestión en virtud de la DT 2.^a) el derecho de desistimiento corresponde a ambos cónyuges, de modo que si el arrendatario manifiesta su voluntad de desistir del contrato sin el consentimiento del cónyuge que convive con él, el arrendamiento podrá continuar en beneficio de dicho cónyuge. Por tanto, si la compensación económica obtenida por el desistimiento es un bien ganancial y se destina a la adquisición de una vivienda, la vivienda será un bien de naturaleza puramente ganancial. (STS de 11 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. B. y su esposa doña M. M. habitaban en un chalet arrendado. A la muerte de don J. B., su esposa se subrogó en dicho arrendamiento. A la muerte de M. M., se subrogó su hijo J. B., que estaba casado con doña O. M. Posteriormente se resolvió el contrato de arrendamiento, en virtud de lo cual obtuvieron una compensación económica, que, junto con otro dinero, destinaron a la adquisición de una nueva vivienda. Doña O. M. demandó a don J. B. solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda pero consideró que la vivienda conyugal fue adquirida mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, ya que la compensación económica obtenida por la resolución del arrendamiento era un bien privativo que correspondía a don J. B. Por tanto, según el Juzgado, a la sociedad de gananciales sólo le correspondía un 7,415 por ciento de la vivienda y a don J. B. el 92,59 por ciento y, por eso, al liquidarse la sociedad, a don J. B. le correspondía un 96,29 por ciento y a doña O. un 3,71 por ciento de la vivienda. Doña O. interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estima, ya que considera que la compensación económica obtenida por resolución del contrato no es un bien privativo, sino un bien ganancial, de modo que la vivienda adquirida con esta compensa-

ción, junto con otros bienes gananciales, pertenece por partes iguales a ambos cónyuges. (M. V. V.)

57. Régimen económico matrimonial: depósito judicial hecho por el marido para responder de deudas gananciales: cambio del régimen de gananciales por el de separación: sin perjuicio de tercero.—Del *factum* de la sentencia recurrida se desprenden los siguientes datos: 1.º Que el 20 de enero de 1983 el marido constituyó un depósito judicial por importe de 56.245.817 pesetas con fondos provenientes de una cuenta personal, integrada por dinero obtenido durante el matrimonio como consecuencia de su trabajo, de indudable carácter ganancial; 2.º Que la separación de bienes fue convenida el 29 de abril de 1983; y 3.º Que la adjudicación de la mitad del depósito a la esposa se verificó por escritura pública de 27 de mayo de 1986. El cambio de régimen económico matrimonial que suponga una disolución del sistema de gananciales y su sustitución por el de separación de bienes, no puede perjudicar a terceros (así SSTS de 15 de febrero de 1986, 27 de junio de 1989, 24 de julio de 1991 y 24 de abril de 1992). Si el esposo durante el matrimonio, en un acto de administración de la sociedad de gananciales, afectó determinada suma de dinero ganancial para cumplimentar una fianza judicial, tal acto debe producir todas sus consecuencias en el sentido de mantener dicho depósito afecto a unas presuntas responsabilidades, sean personales o patrimoniales, ya que suponía una afección de la sociedad de gananciales a una concreta deuda. Ahora bien, por mor de una adjudicación extraprocesal de bienes, no puede permitirse que dicha cantidad, o parte de ella, quede desafectada para el fin por el que se constituyó.

Naturaleza de la segunda instancia civil.—El sistema procesal español es el de la apelación plena, o sea que el Tribunal de la segunda instancia se encuentra frente a la demanda de impugnación investido de las mismas facultades que el juez de la primera instancia, y con los mismos poderes tanto para la decisión como para la formación del material de cognición. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, cuando en la misma se proclama que según la LEC, aun concibiendo el recurso de apelación como simple revisión del proceso primitivo anterior, el órgano de segundo grado adquiere plena competencia, con idénticos poderes y amplitud de conocimiento, para conocer y resolver todas las pretensiones de las partes; por ello, si se entiende que ha de ser desestimada la única excepción procesal que llevó al órgano del primer grado a dictar sentencia absolutoria, tiene, no ya la facultad, sino el deber de entrar a conocer y resolver el fondo de la cuestión litigiosa (SSTS de 6 de julio de 1962, 22 de junio de 1983 y 11 de julio de 1990). (STS de 21 diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Sierra y Gil de la Sierra). Sobre todo cambio de régimen económico aletia en nuestro ordenamiento la sospecha de que se realiza en perjuicio de tercero, debido a la ausencia, o, al menos, imperfección de un adecuado sistema de garantías para terceros. No parece razonable que un acuerdo de los cónyuges recaído tres años después de la constitución de una fianza judicial por el marido, sea eficaz para alterar la titularidad de la importante suma depositada. Una vez que se liquiden las supuestas responsabilidades gananciales será el momento de

distribuir la suma restante conforme al acuerdo de separación de bienes. Todo ello sin perjuicio de que la mujer pueda cuestionar *inter partes* la validez del acto de afección o la naturaleza ganancial de las deudas en cuya consideración actuó el marido. Un supuesto similar es el resuelto por la STS de 25 de septiembre de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, pp. 987 ss.). (G. G. C.)

58. Gananciales: demanda sobre inmuebles no notificada al cónyuge: inaplicabilidad artículo 1385.2 CC.—Si bien este precepto autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes comunes, esta facultad no es de interpretación extensiva y absoluta respecto a cada cónyuge individualizado, para soportar exclusivamente las consecuencias de una acción, sobre todo cuando su resultado es negativo, y, al afectar a los dos esposos, la demanda debe ser dirigida contra ambos, lo que impone la necesidad de su llamada conjunta al proceso para la procura de la defensa de sus intereses convergentes (STS de 23 de febrero de 1994).

Litisconsorcio pasivo necesario.—Debe apreciarse cuando se trata de la eficacia o ineficacia de una relación contractual y, por tanto, de su resolución, en la que intervinieron ambos cónyuges de manera directa o indirecta, pero debida y suficientemente constatada, ya que ha de dirigirse la demanda contra los dos para no construir incompleto el proceso, por defecto en la vocación de quienes deben ser demandados a efectos de integrarse en la dinámica del pleito (SSTS de 25 de enero de 1990 y 9 de septiembre de 1991).

Subsanación del defecto litisconsorcial: doctrina general.—Este defecto puede ser corregido con el emplazamiento de los que debieron ser demandados mediante la utilización de la comparecencia del artículo 693 de la Ley ritualaria, bien haya sido aducido por las partes, bien se aprecie de oficio por el juzgador, como también que su consideración tardía (después de celebrada aquella comparecencia) no puede llevar a la mera absolución de la instancia, sino a la reposición de las actuaciones al momento procesal correspondiente a los efectos de su reparación, de manera que la deficiencia procesal era subsanable, lo que se puede lograr con una nueva comparecencia, y, si no se enmienda en el plazo a que se refiere el artículo 693, regla 3.ª, LEC, se procederá a sobreseer el proceso, como dispone la regla 4.ª de este precepto; ahora bien, por mor del principio de conservación de los actos procesales ya realizados, en el posterior desarrollo del juicio, se respetarán los mismos para evitar la repetición de pruebas obrantes en los autos, y sólo se admitirán escritos, pruebas o conclusiones en relación con los puntos introducidos en el litigio por la incorporación del nuevo litigante (SSTS de 18 de junio de 1994 y 10 de enero de 1995). (STS de 20 diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Del artículo 1385.2 CC, escribí anteriormente que se trata de una norma nueva, de perfiles un tanto borrosos que parece tener alcance general al establecer una legitimación procesal *erga omnes* relativa a toda clase de bienes y derechos (García Cantero, en Castán *Derecho civil español, común y foral* V-1.º, 12.ª ed.; Madrid, 1994; p. 506). Esta sentencia (Pte.: García Varela) sigue claramente el parecer de Peña y Bernaldo de Quirós (*Comentarios Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 743), que interpreta aquel precepto como norma meramente facultativa, de modo que puede, el cónyuge

demandado, hacer valer la existencia del litisconsorcio. Razones de economía procesal justifican sobradamente la posibilidad de la subsanación del precepto, y, en último término, una reposición limitada al momento en que se produjo la falta. (G. G. C.)

59. Filiación no matrimonial: acción de reclamación: doctrina general constitucional sobre la negativa a la práctica de las pruebas biológicas.—Ha declarado el TC que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que, en otro caso, bastaría con que el litigante, renuente a la prueba biológica, se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE.

Doctrina civil sobre la negativa a someterse a pruebas biológicas.—Este Tribunal ha declarado que cuando un órgano judicial, valorando la negativa a someterse a las pruebas biológicas en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto del artículo 135 *in fine* CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, sin que ello signifique apreciar una *facta confessio* o la admisión implícita de la paternidad. A falta de una regulación más precisa, la STS de 26 de septiembre de 2000 recoge las reglas jurisprudenciales a modo de guías para la valoración de los hechos probados, que se resumen en dos: a) La negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, lo que constituye una obstrucción para la recta administración de la justicia, representando tal conducta negativa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de paternidad; b) Tal atribución debe producirse siempre que por otros indicios se revele la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción.

Verosimilitud de relaciones sexuales al tiempo de la concepción.—En el presente caso, la prueba testifical practicada permite afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario; lo que unido a la injustificada negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas lleva a esta Sala a afirmar la paternidad del demandado respecto al hijo de la actora y a la estimación de la demanda,

previa casación de la sentencia recurrida y la revocación de la primera instancia. (STS de 27 de diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias la acción de reconocimiento de filiación extramatrimonial había sido desestimada. En el 1.º FD se ponen de manifiesto los graves defectos formales de que adolece el recurso, en los siguientes términos: «El motivo padece en su formulación evidentes defectos de técnica casacional, citando el artículo 1249 CC, precepto que según abundantísima doctrina jurisprudencial no es idóneo para fundar el motivo de casación al no contener norma alguna de valoración de prueba, cita que se hace seguida de la expresión y siguientes, profusamente rechazada por esta Sala; como dice el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen *el desarrollo del motivo se advertirá que, en rigor, no es otra cosa que un escrito de conclusiones reducido a discutir la valoración de la prueba practicada en la instancia—documentales y declaraciones testificales— sobre un aspecto esencial de los hechos, como es la existencia de relaciones amorosas íntimas entre demandante y demandado*. Todo ello conduciría al rechazo del recurso, no obstante lo cual la Sala entra en el fondo en aras del derecho de defensa y habida cuenta del interés superior del menor. La pregunta inmediata es obvia: dado que en el presente caso el Ponente ha ayudado clamorosamente para que la Sala entre en el fondo del recurso, en adelante ¿va el TS a hacer caso omiso de los defectos formales de los recursos de casación en aras de intereses superiores tutelados por la ley? Si no lo hace en todos los casos ¿cabe pensar que se producirá una infracción del principio de igualdad?

Resulta inquietante que una declaración judicial de filiación pueda basarse en la mera *verosimilitud* de que hayan existido relaciones sexuales con base en declaraciones testificales, siempre, claro es, que el demandado se haya negado, sin causa justificada, a la práctica de las pruebas biológicas. La sentencia extractada añade que, en el caso, no existe prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario. Si los testigos —que indudablemente no lo son presenciales— aportan al juicio su impresión o deducción, o mera impresión, de que aquéllas existieron, resultará prácticamente imposible demostrar que no las hubo. De este modo, la efectiva indefensión del demandado resultará total. Se objetará que le sería fácil someterse a las pruebas biológicas. La realidad demuestra que la negativa no siempre se basa en el temor a que se descubra la verdad, o al ánimo obstruccionista del demandado.

Es verdad que alguna sentencia del TS ha expresado ya su preocupación porque la aplicación de esta doctrina puede atribuir erróneamente una paternidad o maternidad no matrimonial (así STS de 30 de junio de 2000, extractada en *ADC*, 2001, p. 1825, con anotación mía). Pero la tónica general se recoge en la STS de 26 de septiembre de 2000 (extractada en *ADC*, 2002, p. 378) al decir que si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta de oposición del demandado. Últimamente pueden verse las SSTS de 24 de enero de 2002 (*ADC*, 2002, pp. 917 ss.), 28 de marzo de 2000 (*ADC*, 2001, p. 1829 ss.), 29 de marzo de 2000 (*ADC*, 2001, pp. 1827 ss.), supuesto en que la

acción se ejercita por el padre frente a la madre, que se opone, y se niega a la práctica de la prueba biológica, no obstante lo cual se estima la acción y 18 de marzo de 2001 (*ADC*, 2001, pp. 1324 ss). Puede considerarse excepcional, en atención al supuesto de hecho, el caso resuelto por STS de 24 de abril de 2000 (*ADC*, 2001, pp. 1831 ss.) en que no se estima la demanda pese a la negativa, por tratarse de un anciano de noventa y dos años con diversos padecimientos, considerándose aquélla justificada. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Usufructo universal del cónyuge viudo: aplicación del artículo 820.3.º CC, aunque no se concediera la opción a los herederos: cuestión nueva.—La recurrente ha introducido una absoluta variación de la *causa petendi* de la demanda y de la súplica de la misma, constituyendo una cuestión nueva en casación, que esta Sala veda constantemente, en defensa de los principios de audiencia y contradicción de parte, y por subvertir el orden procedimental; en definitiva, ha construido un nuevo supuesto de hecho, sobre el cual no ha recaído decisión de los órganos de instancia. Por ello esta Sala no puede pronunciarse sobre una cuestión radicalmente nueva, aunque sí puede aclarar que, de acuerdo con el fallo recurrido, la cláusula estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene el derecho a hacer la opción del artículo 820.3.º CC, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto citado se la otorga, y no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta. Por otra parte, en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla. En este litigio la recurrente ha creído nulo el usufructo porque el testador no le ha concedido expresamente la opción. Declarada la validez de la disposición testamentaria, ha de optar, y no lo puede hacer, como pretende, en un recurso de casación. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Puede verse el trabajo de Gullón Ballesteros, «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil», *ADC*, 1961, pp. 875 ss. (precisamente Ponente de la sentencia extractada).

DERECHO MERCANTIL

61. Modelo de utilidad: violación del derecho de fabricación y explotación. Indemnización y responsabilidad objetiva.—En aquellos casos en los que se lleve a cabo la fabricación y utilización de un procedimiento

patentado, sin mediar el consentimiento del titular, la jurisprudencia reiterada afirma (SSTS de 22 de octubre de 1993 y 10 de junio de 2000) la concurrencia de una responsabilidad objetiva sobre la estimación de daños y perjuicios en virtud de lo establecido en los artículos 64 y 152 de la Ley de patentes. Además de esta responsabilidad objetiva establecida legalmente, también el TS considera que en los procesos civiles sobre patentes cabe presumir la causación de los daños y perjuicios (SSTS de 23 de febrero y 27 de julio de 1998), sin que sea necesario razonar sobre las pruebas la existencia efectiva de los mismos, al resultar éstos evidentes. (STS de 7 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. A. G. demanda a las empresas *Evapal S. A.*, *Trotamundos Regalo Internacional S. L.* e *Ingaher S. L.* en juicio declarativo de menor cuantía sobre modelo de utilidad, solicitando la cesación en la violación de su derecho de propiedad industrial y la indemnización correspondiente. Las mercantiles demandadas se oponen a la demanda y formulan reconvencción solicitando la declaración de nulidad del modelo de utilidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda ordenando la cesación de la violación del derecho sobre el modelo de utilidad, pero desestimando la pretensión de indemnización de daños y perjuicios y la demanda reconvenccional. Apelada la sentencia por ambos litigantes, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por las entidades mercantiles y estima el interpuesto en representación de doña I. A. G., condenando a las empresas al pago de la correspondiente indemnización. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, imponiendo las costas a las mercantiles recurrentes. (S. E. M.)

62. Propiedad industrial. Marca de titularidad ajena registrada por su distribuidor en España, a su nombre. Nulidad de marcas. Prescripción. Convenio de París y Ley de marcas: imprescriptibilidad de la acción en caso de mala fe. *Dies a quo* para el cómputo de la prescripción.—El artículo 6 septies del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, de 20 de marzo de 1883, modificado por Acta de Estocolmo de 14 de julio de 1967, ratificado por España en fecha 13 de diciembre de 1971 y publicado el instrumento de ratificación en el BOE de 1 de febrero de 1974, dispone que el titular de una marca (en este caso *Orient Watch Co. Ltd.*) puede reclamar la anulación del registro de la misma marca que su representante (la demandada o su causante) ha hecho a su propio nombre; cuyo registro o *adquisición originaria* tiene la misma consideración que la *adquisición derivativa* de una marca registrada con anterioridad.

Este es el caso presente en el que la Sala estima que se debe rechazar la excepción de prescripción de la nulidad de la marca que ha estimado la Audiencia Provincial porque:

— el *dies a quo* no es el de la ratificación del Convenio de la Unión de París, como entiende equivocadamente la Audiencia Provincial, sino el día en que se produce el supuesto de hecho que la denominación *Orient* aplicada a relojes, ambos extremos producidos en 1985;

– el apartado 3 del artículo citado, 6 septies, del Convenio de la Unión de París dispone que las legislaciones nacionales pueden prever el plazo de prescripción de las acciones de nulidad que contempla; a su vez, el artículo 6 bis del mismo texto legal declara imprescriptible la acción de nulidad de las marcas registradas de mala fe; en la Ley de marcas, Ley 32/1988, de 10 de noviembre, se repite el mismo concepto: por remisión del artículo 14.2, el artículo 48.2, la acción de nulidad en este supuesto es imprescriptible si el registro de la marca se ha solicitado de mala fe; de los hechos acreditados, tal como se relacionan en las sentencias de instancia, es incuestionable la mala fe de la sociedad demandante y no existe tal prioridad. (STS de 22 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En este proceso se han ejercitado diversas acciones, todas relativas a la protección de la propiedad industrial, en dos procesos acumulados en los que, en uno y otro, la parte demandante ha sido *Orient Watch Co. Ltd.* y la demandada doña R. H. B., la cual ha formulado, a su vez, sendas demandas reconventionales contra aquella sociedad. En síntesis, la sociedad demandante ha interesado la declaración de nulidad de veintiuna marcas de la demandada inscritas en el Registro de la Propiedad Industrial a su nombre, por la semejanza con la denominación *Orient* y de caducidad de la marca *Creacions Orient*, núm. 97.541; la demandada, demandante reconventional, ha interesado la declaración de que la sociedad demandante y demandada reconventional, carece de derecho a su nombre comercial en España por su semejanza con su marca *Creacions Orient* núm. 97.541 y carece del derecho a fabricar y comercializar relojes con la marca *Orient* y ejercita acción reivindicatoria de la marca *Creacions Orient* núm. 97.541, acción de caducidad y subsidiaria de nulidad de marcas de la sociedad demandante y demandada reconventional y acciones derivadas de la anterior.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente las demandas de *Orient Watch Co. Ltd.*, desestimando las dos demandas reconventionales. Apelada por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia confirmando la anterior excepto en un punto: estimó la excepción de prescripción respecto a la acción de nulidad del registro de marca núm. 97.541 *Creacions Orient*. Ambas partes han formulado sendos recursos de casación. (O. M. B.)

63. Competencia desleal, marcas y derecho comunitario. Importaciones a España, desde países comunitarios, de ron Bacardí fabricado en terceros países y despachado a libre práctica. Oposición de la licenciataria exclusiva para España. Agotamiento de la marca.—La actora-recurrente pretendía impedir la importación a España de ron Bacardí legítimo y auténtico, identificado incluso en cuanto a su lugar de elaboración y envasado, pese a reconocer la propia parte que el ron Bacardí sí se comercializaba en Europa por más que negara que esa comercialización, en un sentido muy restringido de destino al consumidor final, fuera en concreto la del ron elaborado y envasado en Méjico, y por más que negara, asimismo, su propio consentimiento

(no el de la entidad dueña de la marca) a esa comercialización en la Europa comunitaria del ron de dicha procedencia.

Admitido también por la hoy recurrente que ella misma, «en alguna ocasión», había importado ron Bacardí procedente de Brasil y acreditados los vínculos entre la titular de la marca registrada «en la mayor parte del mundo» (*Bacardi & Company Limited*), la licenciataria exclusiva de la marca para fabricar y vender los productos Bacardí «en diversas regiones del mundo» (*Bacardi International Limited*) y la licenciataria española para fabricar en España los productos Bacardí y venderlos tanto en España como «en todos aquellos países donde lo acuerde con INTERNATIONAL» (*Bacardí y Compañía, Sociedad Anónima España*), hasta el punto de existir un verdadero control sobre la demandante por parte de las otras dos contratantes, que se articulaba contractualmente como causa extintiva de los convenios en caso de cambios en el accionariado, difícilmente puede minimizarse el alcance de la normativa comunitaria sobre despacho de mercancías a libre práctica, calificándola como hace la recurrente de meramente administrativa, y elevar en cambio a categoría esencial la normativa comunitaria sobre homogeneidad del tamaño de las botellas, pues precisamente para España el RD 1472/1989, de 1 de diciembre, siempre bajo el designio de no inducir a error al consumidor, permitía por entonces la introducción y comercialización en España de botellas de tamaño ligeramente inferior a un litro; a lo que cabe añadir, de un lado, el estrecho concepto de comercialización que sustenta el recurso, como equivalente sólo a la venta del ron al consumidor final, y, de otro, que las importaciones denunciadas en ningún caso atentaban contra los intereses del Estado español.

Sí resulta patente, en cambio, a juicio de la Sala, que mediante una prohibición de las importaciones fundada en los mencionados contratos se lograba el efecto de aislar o compartimentar el mercado en una parte tan importante del espacio comunitario como era «España y sus territorios», y desde luego sin beneficio alguno para los consumidores ya que la propia recurrente admite que el ron Bacardí importado era auténtico y plenamente autorizado por la dueña de la marca, que no había diferencia alguna de calidad con el fabricado por ella y que, sin embargo, podía venderse a un precio inferior.

En función de todo lo razonado, concluye la sentencia, que aun admitiendo con un importante sector doctrinal que el artículo 5 LCD permite considerar prohibidos comportamientos no exactamente incardinables en los artículos 7 a 17, sin embargo, nunca podría considerarse «objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» un comportamiento como el aquí denunciado, dada la nueva concepción del Derecho de la competencia desleal que «deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas del mercado», por lo que la nueva Ley «se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo» (EM, Ley 3/1991); bastando por otra parte enlazar el párrafo segundo del artículo 12 de dicha Ley con su párrafo primero para descartar la incardinación en el mismo de las importaciones paralelas discutidas, ya que el ron Bacardí procedente de otros Estados miembros era plenamente auténtico o legítimo, fabricado y comercializado bajo el control de la entidad dueña de la marca.

Congruencia. Efecto extensivo de la sentencia de apelación, totalmente desestimatorio de la demanda, a los demandados no apelantes como consecuencia del alcance *erga omnes* de las pretensiones.—La jurisprudencia de esta Sala no ha limitado el efecto extensivo de la sentencia estimatoria de un recurso de apelación a los casos de solidaridad, sino que también viene declarándolo para los supuestos de indivisibilidad o carácter absoluto del objeto litigioso (SSTS de 9 de junio de 1998 en recurso 1039/1994, 13 de junio de 1997 en recurso 1974/1993 y, con cita de otras muchas, 21 de noviembre de 2000 en recurso 2582/1995).

En el caso resuelto por la sentencia basta con leer el encabezamiento y los pedimentos de la demanda para comprobar que lo pretendido por la actora era la prohibición absoluta y general de que se importara Ron Bacardí Blanco por ostentar ella la exclusiva de su fabricación y venta en España. De ahí que dirigiera su demanda no solamente contra las dos compañías importadoras identificadas mediante las diligencias preliminares de comprobación sino también «contra cualquier persona que importe o haya importado Ron Bacardí Blanco de las características del referido en la presente demanda de México o de cualquier otro lugar», y que lo solicitado fuera, en definitiva, el cese de las importaciones cualquiera que fuese el importador, a cuyos efectos interesaba también la publicación de la sentencia estimatoria en dos periódicos de gran circulación de cada una de las distintas aduanas por donde la importación se pudiera efectuar.

Claro está, pues, que acordado por el Juzgado, a petición de la actora, un emplazamiento por edictos de todos los posibles importadores de Ron Bacardí Blanco; adoptada inicialmente, también a petición de la demandante, una medida cautelar de suspensión de todas las importaciones de dicho producto, al margen de quién fuese el importador; personadas sucesivamente en el proceso diversas entidades importadoras precisamente en virtud de ese alcance general de los pedimentos de la demanda y, en fin, estimada la demanda por la sentencia de primera instancia también con carácter general, el pronunciamiento de segunda instancia, desestimatorio de la demanda, necesariamente tenía que favorecer a todos los importadores de Ron Bacardí Blanco, aunque no hubieran interpuesto recurso de apelación. (STS de 28 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En los hechos de la demanda de la que trae origen el presente recurso se alegaba, básicamente, la competencia desleal que suponía la importación del ron mejicano a precios inferiores al coste para la demandante, la pérdida del mercado y daño a la imagen de marca de la demandante, imputable a los demandados en virtud del artículo 64 de la Ley de patentes, la existencia de grandes cantidades de ron mejicano pendiente de despacho en las aduanas españolas y la «usurpación» palpable de la marca «en términos civiles». La sentencia de primera instancia, estimó sustancialmente la demanda y desestimó todas las reconveniones, de suerte que acordó el cese de la importación de ron Bacardí. Recurrida dicha sentencia en apelación se estima el recurso. Contra la sentencia de apelación recurre en casación la demandante-reconvenida (Bacardí España). (O. M. B.)

64. Contrato de seguro: consentimiento contractual y la ausencia de prórroga del artículo 22 LCS.—La dudosa redacción de las cláusulas de renovación de pólizas de seguros de vida, unida al incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 22 de la Ley de contrato de seguro sobre oposición a la prórroga del contrato, y a la realización de actos tales como el pago voluntario de las primas, permiten afirmar al TS la existencia del consentimiento contractual necesario para la renovación de dichos contratos de seguro (art. 1262 CC), cuando estas circunstancias concurren.

Retraso en la reparación del daño o en el pago de la indemnización: previsión del artículo 20 LCS.—El artículo 20 LCS es una norma general de obligatorio cumplimiento para toda clase de contratos de seguro relativa a la duración de estos contratos y su prescripción. Establece unos intereses disuasorios y sancionatorios dentro de los límites de los intereses de demora para todas aquellas conductas que dificulten la indemnización en los supuestos de retraso por parte de las aseguradoras, siempre que dicho retraso no fuere debido a una causa justificada o no imputable a las mismas. El TS (S de 21 de junio de 2001) considera en este sentido causa justificada la discrepancia entre las partes sobre la determinación exacta de la cuantía a abonar en concepto de indemnización civil, cuando ésta deba determinarse en vía jurisdiccional. (STS de 18 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña M.^a A. M. F. y don M. M. F. interponen demanda sobre reclamación de cantidad contra la sociedad *Euroseguros, S. A.*

Admitida a trámite la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estima, condenando a la sociedad demandada al pago de doce millones de pesetas con intereses del veinte por ciento. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación, dejando sin efecto la condena al pago de intereses por parte de la aseguradora.

NOTA.—Dentro de la regulación de los seguros sobre la vida y los tipos de interés cabe destacar por su relevancia, a pesar de que en este caso concreto no se aplican, el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión del seguro privado, así como su reciente modificación por Real Decreto 996/2000, de 2 de junio. (S. E. M.)

65. Póliza suscrita para la cobertura de accidentes laborales individuales. Infarto de miocardio sufrido durante la actividad laboral. Infracción del artículo 100 LCS.—En un primer grupo de resoluciones (SSTS de 28 de febrero de 1991, 14 de junio de 1994 y 23 de octubre de 1997, entre otras) el infarto de miocardio sufrido por el asegurado durante el desarrollo de su actividad laboral es considerado como accidente cubierto por las pólizas correspondientes, bien porque se había desencadenado como consecuencia de la caída de un vehículo (STS de 28 de febrero de 1991), o de un esfuerzo excesivo (STS de 14 de junio de 1994) o bien porque había surgido en persona sin antecedentes médicos relevantes, como consecuencia de una situación de agobio físico o fuerte estrés. Por el contrario, otro conjunto de sentencias (SSTS de 5 marzo y 15 de diciembre de 1992, 24 de marzo de 1995, 20 de

junio de 2000 y 5 de junio de 2001) niegan que el infarto de miocardio pueda ser incluido entre los accidentes que, según el artículo 100 LCS, pueden considerarse riesgos cubiertos por éste, por cuanto no obedece a causas fortuitas, espontáneas, exteriores, violentas e independientes de la voluntad del interesado, como sería preciso. (STS de 27 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don C. G. R., como encargado general, suscribe una póliza con la compañía de seguros *Catalana-Occidente, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros* para la cobertura de accidentes laborales individuales. Posteriormente, en agosto de 1980 (esto es, vigente la póliza suscrita con la aseguradora) el asegurado sufre un infarto agudo de miocardio. Doce años después sufre otro infarto de miocardio cuando estaba trabajando, al estibar una carga y arrastrar un palet. El citado incidente cardiopático, le acarrea una situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Como la aseguradora no le indemniza el daño, don C. G. R. decide promover demanda contra la compañía de seguros *Catalana-Occidente* reclamando dicha indemnización más los intereses previstos en el artículo 20 LCS.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a la aseguradora al pago de las costas. Recurrida la sentencia, ésta es confirmada por la Audiencia Provincial, que impone a la entidad apelante las costas de la alzada. El TS acoge parcialmente el recurso de casación interpuesto en lo relativo a los intereses previstos en el artículo 20 LCS.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS recurre a la LCS, de 8 de octubre de 1980, ya que el controvertido accidente laboral se produce en 1992 y, en consecuencia, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de ordenación y supervisión del seguro privado, aprobado por el RD 2486/1998. El citado Reglamento ha sido recientemente modificado por el RD 996/2000, de 2 de junio. (M. C. C. M.)

66. Prescripción. Concepto y aplicación por los tribunales.—La prescripción es una institución fundada en principios de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica. Al no estar basada, por tanto, en principios de estricta justicia, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva.

Prescripción. Dies a quo. Interrupción del plazo por sentencia penal.—El *dies a quo* de la prescripción viene determinado por la posibilidad de ejercicio de la acción. En el caso concreto que da lugar a la sentencia analizada, el plazo prescriptivo señalado en el artículo 23 de la Ley de contrato de seguro se inicia el 16 de marzo de 1994, fecha de la sentencia dimanante de la causa penal que había dejado en suspenso el plazo de prescripción por depender de ella la posibilidad de ejercicio de la acción.

Defensa del asegurado en caso de conflicto de intereses con la aseguradora.—La Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro establece que, salvo pacto en contrario, el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado. Sin embargo, cuando quien reclama está

asegurado con el mismo asegurador o existe cualquier otro conflicto de intereses, se permite al asegurador optar y confiar su propia defensa a otra persona.

Costas. Honorarios excesivos. Moderación por los Tribunales. Valor orientativo de las normas colegiales.—Cuando los tribunales imponen las costas a una parte y se establece una minutación exagerada, los Tribunales señalan lo que parece razonable tras haber oído el dictamen del respectivo Colegio. Sin embargo, las Normas colegiales tienen un sentido meramente orientativo sin que vinculen a los Tribunales y Juzgados.

Planteamiento de los gastos de defensa a reembolsar por la compañía aseguradora. Momento procesal.—El pretender demostrar lo excesivo de la minuta del abogado del asegurado debe plantearse en la instancia a través de la prueba pericial.

Novación. Requisitos. Facultad de apreciación: pertenece a la instancia.—La novación nunca se presume y debe constar expresamente, debiendo existir una inequívoca voluntad de novar que no puede inferirse de meras deducciones o conjeturas. El determinar si se cumplen o no dichos requisitos es facultad de la instancia. (STS de 19 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 23 de abril de 1988, A. T. F. sufre un accidente con el vehículo que tenía asegurado con la compañía de seguros *L'Abeille Previsora, S. A.* El 28 de abril del mismo año, la citada compañía remite un telegrama al asegurado indicando que, al apreciar una posible alcoholemia, limita su seguro al obligatorio.

La sentencia penal de 16 de marzo de 1994 establece la falta de prueba de la referida alcoholemia en A. T. F. Es de señalar, por otra parte, que antes de la vista del juicio oral, el padre de A. T. F. abona a dos de los perjudicados determinado importe para dejar resueltas por renunciaciones las responsabilidades civiles, estando también presentes en dicho acto A. T. F., su letrado y un representante de la aseguradora.

Posteriormente, A.T.F. interpone demanda contra la compañía aseguradora reclamando el importe de las prestaciones debidas y no satisfechas objeto del contrato de seguro.

La demanda es estimada parcialmente en primera instancia; el recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora se estima parcialmente modificando únicamente el tema relativo al interés aplicable. La compañía aseguradora interpone recurso de casación. (B. F. G.)

67. Fecha del devengo de intereses. Elusión de la regla *in iliquidis non fit mora.*—Salvo que sean necesarias complicadas operaciones contables de liquidación, o que se contrapongan alegatos que precisen de una proclamación judicial para dirimir entre ellos, el devengo de intereses se produce desde la misma fecha en que se debía el principal —esto es, desde que se proceda a la reclamación por el acreedor—, aunque inicialmente se hubiera reclamado por este concepto una suma mayor y ésta se reduzca o cambie en el proceso.

Acción individual de responsabilidad de los administradores. Procedencia.—Esta acción puede ser interpuesta en reclamación de responsabilidad por las actuaciones del administrador social en cumplimiento de sus deberes

sociales que infieran un daño a acreedores de la sociedad y en las que concurra negligencia grave. Un ejemplo de ello lo constituye la falta de liquidación conforme a las normas legales del patrimonio social en caso de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia (SSTS de 4 y 26 de noviembre de 1991 y 22 de abril de 1994).

Acción de responsabilidad de los administradores. Plazo de prescripción.—Conforme a reiterada jurisprudencia (fijada por la STS de 20 de julio de 2001), el plazo de prescripción de las acciones individual y social de responsabilidad de los administradores de sociedades es el establecido por el artículo 949 CCO (cuatro años), en lugar del que dispone el artículo 1902 CC (un año). Tal afirmación se basa en tres motivos: en primer lugar, la remisión que realiza el artículo 943 CCO al Código civil queda condicionada a la inexistencia en el Código de comercio de una norma que fije un plazo determinado, pero tal remisión no es aquí necesaria, puesto que el artículo 949 CCO lo fija para este caso; en segundo lugar, la acción individual de socios o de terceros aparece regulada en normas mercantiles (arts. 135 LSA y 13.2 LSRL), por lo que su complemento ha de buscarse en el Código de comercio, no en el civil; finalmente, la norma recogida en el artículo 1902 CC se adecua menos al supuesto de la acción de responsabilidad de los administradores que la del artículo 949 CCO, siendo ésta, pues, preferente. **(STS 30 de noviembre de 2001; no ha lugar.)**

HECHOS.—Con el producto de la reventa a terceros de unos bienes suministrados por *Gallega de Alimentación S. A.*, el administrador único de *Granja Depablo S. L.* procede al pago de determinadas deudas de la sociedad, entre las cuales no se cuenta la contraída con la sociedad suministradora por razón del mencionado suministro. Inmediatamente después, *Granja Depablo S. L.* cesa en su actividad y abandona su domicilio social.

Gallega de Alimentación S. A. interpone demanda frente a *Granja Depablo S. L.* y frente al administrador único de la misma en reclamación de la cantidad adeudada y en ejercicio de la acción individual de responsabilidad frente a este último. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, declarándose la responsabilidad solidaria para el pago de la deuda de ambos demandados. Este fallo es recurrido por los demandados, adhiriéndose al recurso la demandante. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de primera instancia y rebaja la cantidad adeudada. Los demandados interponen recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

68. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 TRLSA.—En el artículo 262.5 y DT 3.ª, ambas del vigente TRLSA de 1989, la responsabilidad solidaria que se impone a los administradores no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción legal; es una responsabilidad *ex lege* la que contienen aquellos preceptos (S de 29 de abril de 1998). En cambio, la responsabilidad incardinada en el artículo 133 TRLSA no nace hasta que no se haya probado el daño directo a acreedores y socios por la conducta de los administradores.

Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores.—Los recurrentes plantean la cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad contra los mismos, combatiendo el criterio de la Audiencia y manteniendo que es el de un año, dada la naturaleza extracontractual de aquella responsabilidad.

El texto legal vigente (arts. 133, 265.2 y DT 3.ª), lo mismo que el anterior de 1951 (art. 81, correspondiente sólo al actual art. 133), guardan silencio en torno al plazo de prescripción de la acción contra los administradores. La doctrina de esta Sala, respecto a acciones u omisiones de los mismos encuadrables en el artículo 81 LSA de 1951 (hoy art. 133 TRLSA de 1989) se inclina por la aplicación del plazo prescriptivo de la acción basada en la responsabilidad extracontractual y no el de cuatro años del artículo 949 CCO (SS de 11 de octubre de 1991, 21 de mayo de 1992 y 31 de enero de 2001; S de 22 de junio de 1995, que acoge el art. 944 CCO). En cambio, cuando aplica la sanción de los administradores establecida en el artículo 262.5 TRLSA de 1989, aplica el plazo de cuatro años del artículo 949 CCO (SS de 29 de abril y 2 de julio de 1999), distinguiendo la S de 2 de julio de 1999 entre supuestos de responsabilidad extracontractual incardinados en el artículo 133 TRLSA, y otras responsabilidades derivadas de la gestión social, sujetas al susodicho plazo de cuatro años. En ellas entiende esta Sala que se incluye no sólo la del artículo 262.5 sino también la que nace del incumplimiento por los administradores de la obligación de adaptación de los estatutos sociales a la nueva legislación, consignada en la DT 3.ª TRLSA.

La proyección de esta doctrina jurisprudencial a la sentencia recurrida lleva al Tribunal a confirmar la desestimación de la prescripción de la acción mantenida por los recurrentes, porque si bien el plazo de cuatro años de duración no es correcto frente a la responsabilidad fundada en el artículo 135 TRLSA, sí lo es en cuanto que también se funda en el artículo 262.5 y DT 3.ª del mismo texto legal. (STS de 26 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*Hierros y Acero Garay, S. A.* demandó por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a *Martín Errasti y Compañía S. A.*, a doña A. C. E. y a don V. C. A., estos dos últimos en calidad de administradores de la sociedad demandada. Solicitaba la actora en su demanda la condena de los demandados a que le pagasen la suma de 7.159.044 pesetas, más intereses legales, importe que resta de suministros efectuados a *Martín Errasti y Compañía, S. A.*

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en cuanto a la sociedad demandada, condenándola a pagar a la actora la cantidad de 6.101.821 pesetas, y la desestimó respecto a los administradores, estimando que había prescrito la acción de responsabilidad contra ellos.

La sentencia fue apelada por la actora, y la Audiencia confirmó la misma en cuanto a la condena de *Martín Errasti y Compañía, S. A.* pero revocó la absolución de los administradores demandados por considerar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra ellos duraba cuatro años, condenándolos solidariamente con la sociedad demandada.

Contra la sentencia de la Audiencia han interpuesto un único recurso de casación don A. C. E. y don V. C. A. (*A. G. B.*)

DERECHO PROCESAL

69. Propiedad industrial: marcas, nombre comercial y rótulos: competencia jurisdiccional.—En el presente proceso se basó la demanda en la titularidad de un nombre comercial y de dos marcas frente al demandado que utilizaba una marca y un rótulo de establecimiento; es decir, se trata de derechos de propiedad industrial regulados en la Ley 32/1998, de 10 de noviembre, de marcas; esta Ley dispone en su artículo 40 la remisión a las normas procedimentales del título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, cuyo artículo 125.2 dispone que será competente el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado, pudiendo ser destinado uno con carácter permanente, donde hubiere varios, por el órgano judicial competente.

Capitalidad o sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias.—No es tan sencillo determinarla como en las demás Comunidades Autónomas. El artículo 7.1 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988 dispone que los Tribunales Superiores de Justicia tienen su sede en la ciudad que indiquen sus respectivos Estatutos de Autonomía y, si no la indicaren, en la ciudad en que la tenga la Audiencia Territorial existente en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, cuando no exista, en la capital de la Comunidad Autónoma. Por lo que en su aplicación a Canarias es de ver: 1.º El Estatuto no indica la ciudad en la que tiene su sede, se refieren al mismo los artículos 24 ss., pero sin indicar la capitalidad; 2.º La ciudad en que tenga su sede la Audiencia Territorial que existía antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial era Las Palmas de Gran Canaria; 3.º La capital de la Comunidad Autónoma, es compartida por las ciudades de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria. La cuestión no la resuelve el artículo 2.4 de la Ley de Demarcación y Planta, que dispone, tienen jurisdicción limitada a la provincia de Las Palmas las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que tienen su sede en Las Palmas de Gran Canaria, y a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, las que tienen su sede en Santa Cruz de Tenerife. De este texto se deduce que varias de las Salas del Tribunal Superior de Justicia (aunque no la Sala de lo civil y de lo penal) tienen jurisdicción en la provincia de Las Palmas o en la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, pero no que la sede del Tribunal se halle en la ciudad de Las Palmas o de Santa Cruz. Por tanto la cuestión se reduce, como única solución, a la sede de la Antigua Audiencia Territorial y ésta es Las Palmas de Gran Canaria.

Competencia objetiva y funcional: mala fe procesal del recurrente.—Haciendo abstracción de la mala fe procesal y de la falta de ética que supone que la misma parte demandante que presentó la demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, niegue ahora la competencia objetiva de este Juzgado que él mismo eligió, es ineludible estimar el motivo. La competencia objetiva determina cuál es el Juzgado que debe conocer en primera instancia por razón de la materia o por razón de la cuantía, un concreto asunto. A su vez, ésta da lugar a la competencia funcional, que determina qué Tribunal debe conocer de los sucesivos recursos de carácter devolutivo. La competencia objetiva y la funcional son presupuestos de la relación procesal que, si fallan, no puede tenerse aquélla como bien constituida y debe

ser así declarado, decretándose la nulidad de todo lo actuado, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda. En este sentido se pronunció la STS de 23 de enero de 1990, en un caso también de propiedad industrial, negando que pudiera considerarse como cuestión nueva la suscitada en el recurso de casación. (STS de 21 de diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: O'Callaghan Muñoz) por la singularidad del caso y por alguna de sus características más llamativas. 1.º) De todos son conocidos los graves problemas planteados en las CCAA pluriprovinciales a la hora de distribuir equitativamente las sedes de los distintos órganos autonómicos, agravados en las Islas Afortunadas por su insularidad y la existencia de los Cabildos. Las serias dudas que subsisten a la hora de determinar la sede de su Tribunal Superior de Justicia ¿no justificaría una demanda de indemnización de daños contra el órgano legislativo causante de aquéllas? La obligación de reiterar el proceso aquí contemplado tiene una cuantificación de gastos fácilmente determinable. 2.º) Se declara contundentemente la mala fe procesal de uno de los litigantes, mala fe que queda sin sanción; peor aún, que produce el efecto de someter al otro litigante al —vituperado por la misma Sala 1.ª— *peregrinaje de jurisdicciones* (así en cuestiones dudosas en razón a la jurisdicción competente, de responsabilidad extracontractual de Administraciones públicas que suelen calificarse de derecho transitorio). ¿Hubiera cabido, al menos, excepcionalmente una condena al recurrente doloso al pago de todas las costas causadas? ¿Hubiera sido equitativa entrar a resolver sobre el fondo, superando la cuestión competencial con base en la constatada mala fe de uno de los litigantes? (G. G. C.)

70. Cómputo de plazos. Artículo 5 CC.—Es doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 22 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1990, 15 de septiembre de 1992, 13 de julio de 1994 y 13 de enero de 1997) que el plazo al que se refiere el artículo 5 CC es un plazo de caducidad de naturaleza civil, no procesal.

Plazo para interponer el recurso de revisión. Prueba del *dies a quo*.—Según reiterada jurisprudencia (SSTs de 17 de julio de 1996 y 15 de febrero y 10 de mayo de 2001), el *dies a quo* del plazo de caducidad del recurso de revisión ha de probarse con precisión por el recurrente. (STS de 16 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Como resultado de un accidente de tráfico, un trabajador de la entidad mercantil *COPEINSA* interpone demanda de responsabilidad frente a la misma, reclamando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. En la demanda se hace constar el domicilio social de la demandada que no se correspondía con el actual, aun cuando parece ser que el demandante conocía tal domicilio, puesto que así constaba en una demanda anterior de dicho sujeto contra la misma entidad. Por este motivo, el procedimiento es tramitado en rebeldía de la demandada, estimando el Juzgado de Primera Instancia la demanda.

De forma paralela, el accidente de tráfico provoca la incoación de diligencias previas, que se transforman en juicio de faltas, con resultado final de sobreseimiento. En este juicio, la compañía aseguradora *MAPFRE, S. A.* abona al trabajador una suma en concepto de indemnización.

COPEINSA formula demanda de recurso extraordinario de revisión de la sentencia dictada en primera instancia en el juicio sobre responsabilidad civil, solicitando la rescisión total de la sentencia impugnada. El TS declara no haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)