

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Andrea MACÍA MORILLO, Èlia MASSÓ TAMAYO, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho. Paralización de obras por interdictos.–Esta Sala ha tenido ocasión de recordar, en S de 18 de julio de 2001, la doctrina sobre la aplicabilidad del artículo 7.2 CC en orden a la procedencia de las indemnizaciones solicitadas por quienes ven paralizada su obra por la interposición de interdictos de obra nueva que luego resultan desestimados. De las numerosas sentencias recientemente dictadas en la materia se desprende que dicha indemnización ha de considerarse condicionada a que la conducta del interdictante sea acreditativa de un proceder ilícito, antijurídico y de mala fe, sin que estas características se consideren evidenciadas por la simple des-

estimación de la demanda interdictal, pues en todo caso quien deduce una pretensión está ejercitando el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE. Por ello, se hace inexcusable una prueba contundente y eficaz de la existencia de una finalidad torticera y dañina, con total ausencia de interés legítimo. De ahí que la indemnización a que nos referimos haya de calificarse de excepcional y la aplicación de la doctrina del abuso de derecho deba ser realizada de modo prudente y restringido, tras la detenida ponderación de las circunstancias concurrentes, buscando un delicado equilibrio entre el artículo 24 de la CE, por un lado, y el artículo 7.2 CC, por otro, y solamente procederá inclinarse a favor de la tesis del reclamante cuando exista prueba seria, eficaz y, como se ha dicho, contundente de la intención de la otra parte de dañar y de que su conducta ha sido dolosa y manifiestamente temeraria y, por ello, arbitraria, caprichosa y abusiva (SS de 2 de febrero y 6 de abril de 2001, de 6 de febrero de 1999 y 28 de marzo y 30 de junio de 1998, entre otras) (STS de 10 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Gálvez y Cía., S. A. y Soincar, S. L.* interpusieron demanda contra *Alvymat, S. A.*, J. M. P. y C. A. S. solicitando que éstos fuesen condenados al abono de la cantidad de 46.697.784 pesetas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos debido a la paralización de la obra que ejecutaban las entidades actoras, como consecuencia de tres interdictos de obra nueva promovidos por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó a *Alvymat, S. A.* a abonar a la actora los daños y perjuicios causados por la paralización de la obra. *Alvymat, S. A.* interpuso recurso de casación que fue estimado por el TS confirmando la sentencia de primera instancia. (R. T. B.)

2. Imprescriptibilidad de la acción de nulidad en los casos de simulación absoluta.—La sentencia recurrida, al considerar imprescriptible la acción de nulidad de la donación con causa ilícita por defraudar los derechos legítimos del demandante, encubierta bajo una compraventa inexistente, aplicó muy atinadamente la jurisprudencia de esta Sala citada en su fundamento jurídico cuarto, que se ha reiterado en otras sentencias posteriores como la de 1 de abril de 2000 cuando, al examinar un motivo de casación muy similar a éste, declara lo siguiente: «Para que pueda hablarse de simulación relativa es requisito indispensable que el contrato disimulado (el verdaderamente querido celebrar bajo la apariencia de otro) sea plenamente válido, pero éste no es el caso aquí contemplado, en el que no nos hallamos en presencia de ninguna simulación relativa en el sentido antes expuesto, ya que los dos contratos son radicalmente nulos: el aparente de compraventa (por falta de causa: precio) y el disimulado de donación (por ilicitud de la causa, al haberse defraudado mediante ella los derechos legítimos del actor), por lo que la acción ejercitada para obtener dicha nulidad radical es imprescriptible, como acertadamente han entendido las coincidentes sentencias de la instancia». A lo que cabe añadir que también la inexistencia misma de la donación con causa ilícita por responder a la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legítimos de otros herederos se ha afirmado por esta Sala en sentencias posteriores a

la recurrida, como la de 2 de abril de 2001. (STS de 23 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A R. B. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alicante contra E. y I. H. R. solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada en fecha 25 de enero de 1972 por la madre del actor a favor de la madre de los demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que si bien la compraventa reflejada en la escritura era inexistente por falta de causa, bajo este negocio simulado se encubría una donación ya inatacable por haber prescrito la acción de nulidad. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Alicante revocó la sentencia de instancia al considerar que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la compraventa se extendía a la donación con causa ilícita, al afectar los derechos legitimarios del actor. En consecuencia, declaró la inexistencia de la escritura pública de compraventa y acordó la cancelación de los correspondientes asientos registrales. Interpuesto recurso de casación, el TS confirmó íntegramente la sentencia de la Audiencia. (A. S. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Veracidad constitucionalmente exigida a la información.—Efectuada la previa ponderación entre los derechos fundamentales en liza (protección al honor y libertad de la información), se decide por la prevalencia del derecho a la información. Tal posición resulta concorde con la jurisprudencia constitucional reclamada que entiende la veracidad como característica de la libertad de información comparable, en el contexto de la propia interpretación del informador. Así, la STC 297/2000, de 11 de diciembre, declara que «la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, ni podría hacerse sin vulnerar la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE, la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos o que, con ocasión de ello, se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma, como para escoger el modo de transmitirla, de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar, no siendo correcto sostener que el medio de comunicación sólo debe informar, siendo el lector el único que debe interpretar los hechos divulgados». La información básica resulta, desde luego acreditada, pues es cierto que la mayoría de las cegueras registradas se produjeron siendo gerente

del S.A.S. el recurrente que fue cesado el 26 de abril de 1988, cuando hubieron, ya, tenido lugar dichos casos. Tampoco la afirmación de que los padres de los niños ciegos «pudieran querellarse» contra el recurrente, entraña desconocimiento o vejación para la persona ya que, como señala la sentencia recurrida, «no es dable apreciar la intromisión ilegítima postulada, ni tampoco hay base para sostener su existencia en el hecho de decir el promotor que contra él «“pudieran querellarse” los padres de los niños, víctimas inocentes de un sistema sanitario tercermundista».

Requisitos exigidos para determinar la legitimidad de la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor.—Las alegaciones del apartado segundo ponen en duda que coincidan, en el caso, requisitos que se exigen para determinar la legitimidad de la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor. Mas no se discute la realidad de los casos de ceguera producidos, que fueran más o menos de los que se indicaron, ni tampoco la determinación exacta de las causas, una de ellas (admitida incluso por el recurrente) basada en el exceso de oxigenación de las incubadoras. Igualmente no se reputa controvertible el interés general de la noticia, ni la relevancia de la persona que detentaba la máxima responsabilidad en la gestión adecuada del servicio. Como destaca la STS de 24 de febrero de 2000: «la noticia que tiene interés, relevancia general y que es veraz no produce intromisión en el derecho al honor, pero la veracidad no es preciso que sea absoluta, pues en hechos que sean ciertos, que una persona estime que atentan a su honor, caben inexactitudes parciales que no afectan al fondo, es decir, que no debe exigirse una veracidad absoluta y total, aunque sí la esencia del hecho tiene que ser veraz aunque contenga inexactitudes. Tiene importancia el contexto y las circunstancias de cada caso para apreciar el posible atentado al honor, lo que siempre ha destacado la doctrina y se deduce del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), al decir que la protección del honor se delimita por los usos sociales y, en el caso, la explicación de unas circunstancias políticas en la tramitación y promulgación de una ley especialmente importante no permite apreciar que se ataque al honor».

Prevalencia del derecho a la información respecto de los personajes públicos.—Tal matiz, desde luego, no puede invalidar la prevalencia del derecho a la información, criterio que choca con la doctrina establecida por el TC (S 148/2001) respecto de los «personajes públicos», categoría en la que deben incluirse las autoridades y funcionarios, que deben soportar el hecho de que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, que se divulgue información, incluso sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos. (STS de 4 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El gerente del *Servicio Andaluz de Salud* demanda al director del periódico *ABC*, de Sevilla, y a la empresa editora *Prensa Española, S. A.*, por la publicación de un artículo crítico con su actuación profesional que considera lesivo de su derecho al honor habiéndole causado —dice— «graves daños morales». El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia la

confirma en todos sus extremos excepto en el particular relativo a las costas. No ha lugar al recurso de casación que interpone el actor. (R. G. S.)

4. Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión [arts. 20.1.a) y d) CE] y el derecho al honor (art. 18.1 CE).—Una determinada campaña de prensa respecto de un concreto tema actual no implica necesariamente *per se* vulneración del derecho al honor (o intimidad, según los casos) de la persona física o jurídica a quien vaya dirigida.

La jurisprudencia tanto del TS como del TC ha entendido que los límites entre los apuntados derechos fundamentales ha de determinarse casuísticamente, no siendo posible fijar aquéllos de un modo apriorístico. Además, ha de tenerse en cuenta la prevalencia del derecho a la libertad de expresión y de información sobre los derechos de la personalidad derivados del artículo 18.1 CE, sin que en ningún caso aquélla deba entenderse como jerárquica o sin límites.

Esta preeminencia de los derechos fundamentales de expresión e información que acabamos de apuntar exige, según reiterada jurisprudencia constitucional, la concurrencia de una serie de requisitos. En primer lugar, que la información que se trate de transmitir se refiera a temas de dimensión pública o interés general (por razón de las materias o de las personas) (SSTC 41/1994, 138/1996 y 3/1997, entre otras muchas). De no tratarse de tales asuntos el derecho a informar debe verse lógicamente reducido, porque son las personas de dimensión pública (y no el resto) las que optando libremente por tal condición deben soportar en mayor medida el ejercicio de aquel derecho. Finalmente, la información vertida ha de ser veraz (SSTC 6/1998 y 3/1997, entre otras).

Concepto de «información veraz» en el artículo 20.1.d) CE.—No es necesario que el contenido de la información sea total y rigurosamente exacto, esto es, pueden existir errores o inexactitudes en la información vertida sin que ésta deje de ser técnicamente «veraz». No lo es cuando quien transmite esa información no ha realizado las debidas comprobaciones tal y como lo haría un profesional diligente. Por tanto, se niega la protección constitucional a quien difunde como hechos verdaderos, invenciones, simples rumores o insinuaciones análogas (SSTC 105/1990, 171 y 172/1990, y 134/1999, de 15 de julio, entre otras muchas).

Libertad de expresión y derecho de información. Complementariedad y límites.—Por su parte, el derecho a la libertad de expresión y el derecho de información son complementarios aunque cada uno tenga su propio reconocimiento (STC 105/1990). El primero de estos derechos fundamentales es más genérico, si bien ambos son necesarios para asegurar la libre circulación de opiniones y a la postre el pluralismo político, imprescindible en todo Estado social y democrático de derecho.

Estos derechos no son, empero, absolutos o ilimitados toda vez que la propia Constitución en su artículo 20.4 señala que ambos tienen una serie de límites; de acuerdo, además, con el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950. (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—A través de una serie de artículos publicados en diversos medios de prensa, don J. P. G. y don J. L. C. E. consideran que aquéllos suponen una intromisión ilegítima al honor de ambos. Así las cosas, interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, el cual desestima las pretensiones planteadas por los actores. La Audiencia Provincial declara que no ha lugar al recurso de apelación. Formalizado recurso de casación, el TS consideró que ha lugar en parte a dicho recurso, en el sentido de que uno de los artículos de prensa, sí vulnera el derecho al honor de uno de los actores recurrentes. (*J. D. S. C.*)

5. El artículo 20 CE —derecho a la libertad de expresión— no ampara las manifestaciones ofensivas, vejatorias o injuriosas.—El único motivo del recurso denuncia infracción del artículo 20 CE, que declara la libertad de expresión de ideas, pensamientos y opiniones. Para decidir la impugnación casacional hay que tener en cuenta el contexto circunstancial en el que se vertieron las expresiones difamatorias que determinaron la condena de los recurrentes, para lo que no se puede dejar de lado que D. F. C. R. había sido trabajador de la empresa en la que el demandante desempeñaba el cargo de administrador único y resultó despedido, habiendo decretado la S del Juzgado Social núm. 1 de Jaén, pronunciada el 27 de junio de 1995, que se trataba de despido procedente y con la consecuente extinción de la relación laboral, Sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), así como también recayeron dos resoluciones laborales desestimando las pretensiones de dicho recurrente en solicitud de tutela de los derechos de libertad sindical. Tampoco prosperó la denuncia por coacciones y que se tramitó como juicio de faltas, en el que resultó absuelto el actor D. J. F. M., actividades procesales que si bien no pueden considerarse como constitutivas de ataque e intromisión en el honor del demandante de referencia, sí ponen de manifiesto una situación de hostilidad hacia el mismo.

Aquí lo que se trata es de determinar el alcance difamatorio de las expresiones que se imputan a los recurrentes y que la sentencia que se recurre, al aceptar la del Juzgado, concreta que el actor fue tildado de «racista» y se le imputan las expresiones de haber llamado a D. F. C. «sudaca de mierda», «te vas a pudrir en un rincón», «los rojos sois unos imprementables de mierda», «entre los negros, los sudacas y los gitanos nos tenéis arruinados en Jaén», así como que la dirección de la compañía le había llegado a recluir en una habitación encerrándole con llave, hechos que no se establecieron como ciertos y que alcanzaron una notoria divulgación, pues fueron publicados por la prensa de Jaén, recogiendo textualmente lo manifestado por el también recurrente D. P. C. G. y se repartieron panfletos y octavillas. La Sentencia de la jurisdicción laboral sienta como hechos probados que D. F. C. insultó al actor llamándole «racista», «hijo de puta» y «cacique».

No se trata de propias expresiones de ideas, pensamientos, ni siquiera opiniones, pues se da un componente clara y decididamente vejatorio de la persona y prestigio profesional del demandante, con trascendencia en el desmerecimiento público y social. Ha de destacarse la carga negativa y de desprestigio que en estos tiempos tiene tachar a una persona de racista —dejando atrás el concepto tradicional de racismo jerárquico—, y que viene a ser el móvil rechazable de actuaciones de grupos violentos que, sin respetar

la Constitución que proclama que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de la raza, hacen del componente racista, por excluyente, un totalitarismo no conciliable con elementales principios democráticos y que, al ser básicamente diferenciador, enturbia la armonía de la convivencia pacífica y acercamientos culturales diversos, por lo que el discurso racista se presenta como racismo desigualitario al atender y resaltar las diferencias entre las personas, estableciendo quienes son superiores y quienes no lo son por inferiores y con ello acatarlo por la imposición que se les hace.

El motivo no procede, pues el argumento que se aporta se centra en que el recurrente D. P. C. G. ostentaba cargo sindical a nivel de Secretario Provincial de UGT y las expresiones y actuaciones que se le imputan entran dentro de la dinámica de confrontación que preside siempre las relaciones laborales y responden a la defensa de los intereses de los trabajadores. Razonamiento totalmente endeble, pues no se presenta como justificativo en este caso, al superar lo que debe entenderse rectamente por expresiones de ideas, pensamientos u opiniones, dada su intensidad vejatoria y falta de certeza y les priva del cobijo que presta el derecho fundamental de libertad de expresión, ya que de este modo se niega y se degrada, al rebasarlo notoriamente, pues no se trata de un ejercicio positivo y constructivo de dicho derecho, sino más bien de un ejercicio abusivo y desviado del don que asiste a los seres humanos de ser libres, como dice la S de 31 de julio de 1998 y también el encomiable derecho de luchar por la libertad sindical.

Aquí se trata de expresiones vejatorias y degradantes, ya que se atribuyeron al demandante conductas que podían constituir ilícitos punibles, censurables prácticas laborales de acoso y posesión y se atacó a su persona directamente con insultos que en todo momento resultaban innecesarios, pues estaban de más, por salirse del contexto de lo que debe entenderse por lucha sindical, que no ha de negarse a los trabajadores en casos necesarios y justificados, pero sí ha de ser censurada cuando se aparcen los conflictos laborales para caer en el insulto divulgado y persecución, lesionando de este modo el honor de la persona atacada, ya que, evidentemente se la difama, con la inevitable carga de desmerecimiento en la consideración ajena.

La doctrina constitucional ha declarado que los derechos constitucionales no son ilimitados, pues ninguno lo es (S de 6 de diciembre de 1986) y no se reconoce el pretendido derecho de insultos (S de enero de 2000), por lo que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SS de 8- de junio de 1988, 12 de enero de 1998, 14 de octubre de 1999, 11 y 25 de octubre de 1999 y 7 de enero de 2000, citadas en la de 5 de mayo de 2002).

Esta Sala de casación civil mantiene la línea jurisprudencial en la que se declara que el derecho a la libertad de expresión deberá ejercitarse sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie (SS de 5 de octubre de 1992, 12 de diciembre de 1995 y 14 de marzo de 1996, entre otras). **(STS de 18 de diciembre de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.-D. J. F. M. acude al Juzgado solicitando se declare la intromisión ilícita en su derecho al honor por parte de D. F. C., D. P. C. y el *Sindicato Unión General de Trabajadores* (UGT). El Juzgado -con absoluciónde UGT- estima parcialmente la deman-

da y condena a los demandados a que indemnizen solidariamente al actor en la cantidad de un millón de pesetas. Interponen recurso de apelación los demandados y la Audiencia confirma la sentencia de instancia. No hubo lugar al recurso de casación formulado por los Señores C. y C.. (R. G. S.)

6. Inexistencia de un pretendido derecho al insulto. Intromisión ilegítima.—No hay cobertura constitucional para expresiones formalmente injuriosas que suponen un daño injustificado a la dignidad de la persona, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. Una cosa es efectuar una evaluación personal por desfavorable que sea de una conducta, evaluación que se inserta en la libertad de expresión, y otra muy distinta emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios, desvinculados de esa información y proferidos gratuitamente sin justificación alguna. Decía la STC 204/1997 que «el ejercicio de la libertad de expresión no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto.»

Ponderación de los intereses en conflicto.—La STC 76/1995 declara que aunque cualquier crítica de la actividad profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal, hay que ponderar la libertad ejercida, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido. (STS de 9 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor (don C. L. D.) prestó servicios al Club *Juver Murcia C. B.*, del que era presidente el demandado (don J. V. A.), desde el día 15 de mayo de 1991 al 15 de octubre del mismo año. Finalizada la relación entre las partes, apareció en el *Diario 16*, de Murcia, el día 18 de diciembre de 1991, una noticia a cuatro columnas en la que el demandado decía: «*C. es feliz con las pasarelas y un vaso en la mano, pero nefasto como entrenador*». La declaración añadía otros comentarios como: «*Si hay algún club que quiera ficharle para el año próximo yo estoy dispuesto a pagarle el contrato, pero con la condición de que han de mantenerle durante todo el año, pues así tendremos un enemigo menos para el descenso o porque, a buen seguro, ese equipo será candidato número uno a perder la categoría*». Con posterioridad, el demandado efectuó declaraciones de la misma índole referidas al actor en *La Opinión de Murcia*, *Diario 16*, *La Verdad y Marca*. Don C. L. D. formuló demanda por intromisión ilegítima en su honor contra don J. V. A. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y consideró que las declaraciones efectuadas por el demandado eran atentatorias contra el honor del demandante. La Audiencia Provincial de Murcia confirmó la sentencia de primera instancia. Se promueve recurso de casación ante el TS, que es desestimado. (E. C. V.)

7. Derecho a la propia imagen: valoración del consentimiento tácito a los efectos del artículo 2.2 de la Ley 1/1982.—El motivo se desestima porque: 1.º Si bien el consentimiento exigido por el artículo 2.2 de la Ley 1/1982 no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas (S de 25 de enero de 2002), no se dan ninguna de estas circunstancias en el caso litigioso. 2.º El propio motivo reconoce que el reportaje y fotos publicadas en la revista núm. 985 no correspondía a la actora, sino a otra modelo y otra entrevistada.

El hecho de que la actora haya tardado tres años en reaccionar contra el reportaje del núm. 829 no es un acto de inequívoca significación, pues lo hace dentro del plazo legal de cuatro años, y antes de ese ejercicio no existe un acto abdicativo de la acción. La jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario e indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia. La mayor o menor tardanza en el ejercicio de una acción dentro del plazo legal concedido no es por sí misma, sin ninguna otra circunstancia concurrente, sinónima de aquel acto o conducta a que nos hemos referido.

No todo lo que se relaciona con personajes públicos es de interés público.—Se dice que siendo la actora un personaje público, ha de excluirse la existencia de intromisión ilegítima, pues prevalece el derecho a la información. Se argumenta también que hubiera sido proporcionado a la hipotética infracción el secuestro del número o la exigencia del derecho de rectificación.

El motivo se desestima porque la actora es una conocida modelo, pero no por ello todo lo que se relaciona con ella tiene un interés público, concretamente, si se baña en el mar en invierno y la prenda que lleva al efecto.

Necesidad de probar los daños materiales generados por la intromisión ilícita en los derechos de la personalidad.—La respuesta casacional a este motivo ha de ser la de su estimación por lo que respecta a indemnizar daños materiales, ya que para ello han de ser probados, no basta con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelo.

Daño moral.—Carece de toda consistencia tal obligación de reparar que se quiere cobijar bajo el concepto de «daños morales impropios», pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esa intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad.

Pautas para la cuantificación del daño moral.—También ha de ser estimado el motivo en examen en cuanto a sus quejas sobre la cuantificación del daño moral, porque la sentencia recurrida lo ha ponderado de modo evidentemente poco lógico y desproporcionado, fijando una cifra que no guarda relación con los parámetros que han de tenerse en cuenta en esta labor (art. 9 de la Ley 1/1982). La S de esta Sala de 15 de julio de 1995 manifestó al respecto: «... a pesar de que la fijación del *quantum* indemnizatorio es atri-

bución de los juzgadores de instancia que, en general, queda excluida de la revisión casacional, al no ser este recurso extraordinario una nueva instancia, también lo es que, en materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, marca unas pautas valorativas del daño moral, el cual (dice el precepto) “se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”, por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del *quantum indemnizatori*». En efecto, el artículo 9 señala las pautas que han de ser tenidas en cuenta para la valoración del daño moral, que presume originado siempre por la intromisión ilegítima, a fin de evitar en lo posible una cuantificación subjetiva, no dependiente del grado en que la propia víctima se siente ofendida».

Circunstancias que limitan el daño moral por agresión a los derechos a la propia imagen, honor e intimidad.—En efecto, la del núm. 829 consiste en una agresión al derecho a la imagen, limitándose a la reproducción de fotografías de la actora, una en portada y trece en el interior. Son fotografías de estudio en las que la actora no aparece desnuda o semidesnuda sino más bien se hace publicidad de sí misma, por tanto ha consentido en posar como aparece. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que era una conocida «top-model» internacional, que hace de la exhibición de su imagen para publicitar objetos o marcas su legítima profesión, por lo que no hay duda de que es persona acostumbrada a negociar sobre ese bien de la personalidad. Parece pues que no cabe considerarla como una persona anónima, que por mor de un reportaje gráfico sale de ese estado contra su voluntad. La actora evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria, debiéndose considerar además que algunas de esas fotos habían sido ya publicadas en una revista italiana, y se supone que con su consentimiento, pues no consta su reacción ante la misma. Por supuesto, todas esas consideraciones se hacen bajo el presupuesto de que las fotografías no se apartan sustancialmente de las que de su imagen se obtienen para fines publicitarios, sólo que el reportaje de la revista *Interviú* las saca de su contexto para ponerlas al servicio de sus intereses comerciales.

Lesión de los derechos a la propia imagen, intimidad y honor: suplantación.—Otra cosa distinta ha de afirmarse de la intromisión ilegítima contenida en el núm. 985. Aquí ha existido una suplantación de la propia imagen, pues si bien la portada, en letras de tamaño destacable, pertenece a una de las fotografías publicadas en el núm. 829, acompañada del titular «Lo nunca visto de Judit Mascó. Chica de Portada. Una catalana sin fronteras», las siete fotos del interior, a las cuales reenvía el índice bajo el título «Judit Mascó, el gusto es nuestro. La más “top” de las modelos españolas recrea su hermosura en el caliente invierno de Costa Brava», aquellas fotografías, decimos, no corresponden a la actora, sino a otra modelo, según ha sido reconocido por los propios demandados y averdado en el periodo probatorio, que posa para ello. Además, tales fotos se acompañan con una entrevista cuyo

diálogo aparece impreso en el margen derecho, que se hace a una señorita llamada Mónica, y está probado que no corresponde a la actora.

Las fotografías en cuestión son un tanto borrosas, y en ellas aparece la modelo real fotografiada lateral y de frente, en traje de baño de una pieza que deja descubierto el pecho, entrando en el agua. No se aprecia la existencia de público.

Todas estas circunstancias configuran un ataque al derecho a la imagen propia consistente en su suplantación por otra que no es la de la actora, a la intimidad porque no ha posado en el momento de tomar ella sola un baño, y al honor, por los títulos que acompañan el reportaje gráfico. (STS de 25 de noviembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La conocida modelo Judit Mascó demanda a Ediciones Zeta, S. A., D. J. C. y Distribuciones Periódicas, S. A. reclamando la indemnización subsiguiente a la vulneración de su derecho a la propia imagen por la publicación de fotografías sin su consentimiento en la revista *Interviú*. Reclama diez millones de pesetas en concepto de indemnización por daños morales y setenta millones más en concepto de reparación por los perjuicios económicos sufridos. El Juzgado estima parcialmente la pretensión. Interponen las partes recurso de apelación desestimando la Audiencia el de la modelo y acogiendo en parte el de los demandados en el sentido de absolver a *Distribuciones Periódicas, S. A.*, y modificar el extremo relativo a las costas. Recurren nuevamente los demandados y el TS estima en parte su recurso de casación. (R. G. S.)

8. Doctrina del levantamiento del velo.—Esta doctrina, aplicada por el TS desde las SS de 8 de enero de 1980, 28 de mayo de 1981, 27 de noviembre de 1985, 13 de julio de 1987 y 25 de enero de 1988 y, más recientemente, por las SSTS de 17 de octubre de 2000 y 2 de marzo y 5 de abril de 2001, tiene su origen en una técnica procesal de los tribunales estadounidenses (*disregard of legal entity*). De acuerdo con ella, en caso de que una sociedad trate de cometer abusos, se penetra en el sustento personal existente bajo la personalidad jurídica. De hecho, afirma el TS que se aplica en situaciones de burla de derechos de terceros. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco de Jerez, S. A.*, insta procedimiento contra los esposos don J. P. L. y doña I. A. C., en el que les reclama el pago de una cierta cantidad. Poco después los esposos, demandados en ejecución, transmiten la propiedad de ciertas fincas a la entidad *Porrás Almeda, S. L.*, de la que es consejero delegado el propio don J. P. L., en pago de unas acciones que suscriben como ampliación de capital (ampliación de la que resultan ser los únicos suscribientes). Cuatro meses después se practica el embargo de dichas fincas en el seno del procedimiento instado por el *Banco de Jerez, S. A.*

La mercantil *Porrás Almeda, S. L.*, interpone entonces demanda de tercería de dominio, que es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Contra dicho fallo recurre en apelación la deman-

dante; recurso que resulta desestimado por la Audiencia Provincial. *Porrás Almeda, S. L.* interpone frente a ello recurso de casación y el TS declara no haber lugar al recurso, al considerar que dicha entidad no es tercero de cara a la tercería de dominio. (A. M. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Deber de motivación de las sentencias. Función.—El TS recoge la doctrina constitucional sobre la función que cumple el deber de motivación de las sentencias, recogido expresamente en el artículo 120.3 CE y en el artículo 248 LOPJ e, implícitamente, en el artículo 24 CE (entre otras, SSTC de 3 de marzo y 5 de mayo de 1998 y 12 de julio de 2000). Esta función es doble: dar a conocer las reflexiones que conducen al fallo y facilitar un control más completo de las resoluciones judiciales, como garantía frente a la arbitrariedad (SSTC 32/1996, de 27 de febrero, y 54/1997, de 17 de marzo).

Deber de motivación de las sentencias. Contenido.—Conforme a este deber, declara el TC (entre otras, SSTC 28/1994, de 27 de enero y 153/1996, de 24 de octubre) que no es necesario un razonamiento exhaustivo, sino que se expongan en la resolución judicial las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que han fundamentado la decisión. En esta línea, declara el TS (STS de 23 de febrero de 2000) que en las sentencias civiles —a diferencia de las penales— no es necesaria una declaración específica de hechos probados, pues ya se desprenden de los fundamentos jurídicos.

Constatación de la existencia de un contrato. Facultad privativa de los tribunales de instancia.—Afirma el TS (SSTS de 5 de abril y 22 de diciembre de 1999) que tanto la existencia del contrato, como la apreciación de la concurrencia de sus requisitos, de vicios en el consentimiento o del cumplimiento del mismo son cuestiones de hecho cuya constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia y que habrá de ser mantenida en casación, mientras que no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado (concretamente, el error de derecho).

Interpretación del contrato. Facultad privativa de los tribunales de instancia.—Según el TS (STS de 20 de enero de 2000), esta facultad privativa de los tribunales de instancia no es revisable en casación, salvo que dé lugar a resultados ilógicos, absurdos o contrarios a derecho. (STS de 4 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el impago de una partida de cebada que *Mare Nostrum Gestión, S. L.*, entregó a *Abraham García, S. A.*, la vendedora interpone demanda de reclamación de cantidad. La demandante alega que en la compraventa intervinieron como mediadores doña R. J. M. y su hijo y que no mencionaron que la compradora iba a ser la sociedad en cuestión. De hecho, la demandante pretende que la cebada se entregó como señal y parte del precio para la compraventa de determinados enclaves propiedad de doña R. J. M.

La demanda es desestimada en primera instancia y la entidad demandante interpone recurso de apelación. Éste es igualmente desestimado, frente a lo cual plantea *Mare Nostrum Gestión, S. L.*,

recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 120.3 CE, por falta de motivación de la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

10. Concepto y requisitos de la compensación.—La compensación es una forma de extinguir la cantidad concurrente de las obligaciones de dos personas, que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. El pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consistan en dinero, estén vencidas y sean líquidas y exigibles. Para que tenga lugar la situación compensadora a que alude el artículo 1195 CC, sólo son necesarios su apreciación y reconocimiento judicial, que se deben basar en la prueba de existencia de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, sin que se exija que las deudas cruzadas tengan un origen común. Finalmente, la compensación es de apreciación exclusiva del juzgador de instancia. (STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Beton Catalán, S. A.*, celebró un contrato de suministro con la empresa *Estructuras y Construcciones Palomo, S. A.*, en virtud del cual *Beton Catalán* debía suministrar una cierta cantidad de hormigón. *Estructuras y Construcciones Palomo, S. A.*, utilizó el hormigón para realizar una obra, en la que posteriormente debió realizar unas reparaciones como consecuencia del estado defectuoso del material suministrado por *Beton Catalán*. La empresa suministradora interpuso demanda contra *Estructuras y Construcciones Palomo, S. A.*, en la que solicitaba se la condenase al pago de la cantidad debido por el hormigón suministrado. La demandada se opuso a la petición alegando que el importe que se le reclamaba coincidía con el desembolso que ella había realizado para realizar las reparaciones en la obra en la que había usado ese hormigón. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y esta decisión fue ratificada por la Audiencia Provincial de Barcelona. La demandada interpone recurso de casación, en el que alega que existe una compensación entre ambas deudas. El TS desestima el recurso, ya que la apreciación de la existencia de compensación de deudas corresponde al juzgador de instancia. (M. V. V.)

11. Ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*.—Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Esta excepción no está expresamente regulada en el Código Civil, pero deriva de los artículos 1100, 1124 y 1138 y ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia. Sin embargo, para que el deudor pueda ejercer esta excepción es necesario que el incumplimiento de la obligación recíproca de la otra parte sea real y efectivo, es decir, que se frustre la finalidad del contrato y no es suficiente con un cumplimiento defectuoso. Y como ha declarado esta Sala en alguna ocasión (STS de 16 de noviembre de 2000), se está en presencia de *aliud pro alio* o entrega de cosa diversa cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, ya que el objeto vendido no es útil para cumplir

la finalidad para la que se vendió, con lo cual el comprador queda insatisfecho y permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC. Finalmente, también es necesario que la excepción se oponga de buena fe y no será viable cuando sólo se hayan incumplido obligaciones accesorias o no principales, ya que es necesario que se incumplan obligaciones cuya insatisfacción frustre la finalidad del contrato.

Efectos de la *exceptio non adimpleti contractus*.—El ejercicio de esta excepción por parte del deudor no supone su absolucón, sino sólo la paralización de la facultad que tiene la parte actora para exigir que cumpla con el contrato hasta que ella misma cumpla o esté real, firme e indiscutiblemente dispuesta a cumplir. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *La Valenciana Levante, S. A.*, adquirió una cabina de mateado a la sociedad *Malnati Company, S. R. L.*, y efectuó un primer pago de su precio. Aunque la máquina adquirida adolecía de defectos que impedían que alcanzase cierta velocidad, la sociedad adquirente podía utilizar y utilizaba dicha máquina. *La Valenciana Levante, S. A.* no pagó la suma que quedaba por satisfacer. La sociedad vendedora demandó a la compradora y solicitó el pago de la cantidad debida. La demandada se opuso alegando la falta de cumplimiento de la vendedora de sus obligaciones, ya que había suministrado una máquina defectuosa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia lo estimó y condenó a la demandada al pago de la suma que faltaba. La demandada interpone recurso de casación ante el TS, que lo desestima, ya que considera que la máquina no adolecía de ningún vicio que afectara de forma total a su funcionamiento, de modo que la compradora no podía ejercer la *exceptio non adimpleti contractus*.

NOTA.—En este proceso, la empresa demandada opone la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender el pago de la cantidad que debía satisfacer, ya que considera que la máquina vendida no reunía los requisitos previstos. La excepción de incumplimiento contractual tiene lugar cuando el demandante ha omitido totalmente la ejecución de la prestación a su cargo. Esta excepción se debe distinguir de la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Esta última se puede ejercer cuando el demandante sólo ha cumplido parte de su prestación o la ha realizado de forma defectuosa. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido, para que prospere esta excepción, que el defecto sea de tal entidad que el objeto vendido no satisfaga el interés del comprador [véase, por ejemplo, las SSTs de 10 de junio de 1983 (RJ 1983/3454), de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985/2388) y de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991/2451)]: En este caso, hubiera sido más adecuado que la empresa demandada hubiese opuesto la excepción de falta de cumplimiento regular y exacto, aunque el fallo hubiera sido el mismo, dado que, aunque la máquina adquirida no alcanzaba la velocidad deseada, la podía usar y, de hecho, la estaba utilizando. En conclusión, el único remedio del que dispondría el comprador en este caso consistiría en el ejercicio de las acciones derivadas

del saneamiento por vicios ocultos y que tienen un plazo de caducidad de seis meses desde la entrega de la cosa. (M. V. V.)

12. Resolución por incumplimiento contractual: esencialidad del plazo.—Procede recordar que el contratante que cumplió su prestación puede exigir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios (SS de 12 de junio de 1986, 9 de mayo de 1994, 24 de noviembre de 1995), son compatibles de forma subsidiaria las peticiones de resolución y de cumplimiento, aparte de la opción que concede el precepto (S de 15 de noviembre de 1993). El artículo 1124 CC está estrechamente ligado al 1504, CC siendo compatibles y el segundo una especialidad del primero (S de 7 de marzo de 1983). Tanto para los supuestos de ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa contemplada en el artículo 1504 CC, en el supuesto de bienes inmuebles, como en el que con carácter genérico otorga el artículo 1124 CC, en el caso de las obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida no es bastante un simple retraso en el incumplimiento (*sic*) de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendental importancia pueda justificar su resolución (S de 20 de noviembre de 1984).

Admitiendo que una primera y superficial lectura de los hechos acaecidos podría concluir en que se ha producido un mero retraso en la entrega de la vivienda no justificativo de la resolución por total incumplimiento a cargo del vendedor, también es cierto que es obligado hacer la lectura del contrato en todas sus circunstancias y cláusulas. De esta lectura o interpretación no puede estimarse que el retraso sea irrelevante a estos efectos, ya que la cláusula quinta que establece el plazo de entrega aparece con carácter esencial, sí se la relaciona con la previa recepción por el vendedor de una parte sustancial del importe del precio. Se ha excedido en más del doble el plazo de entrega pactado por las partes. En el contrato se fija la fecha de terminación en poco más de cuatro meses desde la fecha de su celebración. El retraso en el requerimiento hecho por el vendedor para la recepción del resto del precio y elevación a escritura pública, es sólo de cinco meses, pero este período es el doble del esencialmente pactado.

Para comprender que lo expuesto debe ser estimado como un incumplimiento legitimador de la resolución del contrato, conviene añadir que la disposición de la cláusula tercera, que debía ser cumplida antes del requerimiento del vendedor, tuvo lugar en fecha tan tardía, hasta el punto de que se otorgó la escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal después de contestada la demanda.

Y como lo expuesto implica la estimación del motivo y la Sala asume la instancia, en esta función no puede dejar de señalarse para subrayar como adecuada la interpretación que estima que debe prosperar que la cláusula quinta sobre el plazo de entrega es esencialmente relevante. Pues así también lo pretendió el vendedor, que hoy se opone, pues en el último párrafo de dicha cláusula se establece lo siguiente: «para el supuesto de que terminara el corriente año (1992) sin que el otorgamiento de escritura haya tenido lugar por causa imputable al comprador, el vendedor quedará en libertad de disponer de la vivienda a favor de tercera persona, asumiendo en tal caso la obligación de devolver al señor G. M. las cantidades por éste entregadas en el momento en que se materializara la nueva transmisión». Es decir, el ven-

dedor pacta que para un supuesto, (que en principio no se produjo) de incumplimiento parcial de la obligación del pago del precio a cargo del comprador (pues había abonado parte del mismo), se establece la facultad a su favor de instar la resolución del contrato.

Y al estimar la resolución pretendida del contrato, se extingue la relación contractual con carácter retroactivo, volviendo al estado jurídico preexistente, por lo que procede con la condena a la devolución del dinero, la condena al pago de intereses legales a partir de la entrega de la referida parte del precio, cuya constancia es la de la fecha del contrato. (STS de 5 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don P. G. M., comprador de una vivienda, formula demanda contra D. A. G. M., vendedor, solicitando del Juzgado la resolución del contrato por falta de entrega de la vivienda en el plazo convenido, razón por la que reclamaba además la devolución de las cantidades entregadas con sus intereses legales. Se opone el vendedor y formula demanda reconventional solicitando el cumplimiento del contrato y la condena del comprador al abono del precio pendiente de pago, los intereses legales desde la fecha de la reconvenición y los daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. Demanda y reconvenición son desestimadas. Apelan las partes y la Audiencia estima parcialmente el recurso del vendedor por lo que se condena al comprador a que abone el resto del precio. Formulan ambas partes recurso de casación declarando el TS haber lugar al del comprador, demandante en la instancia. (R. G. S.)

13. Intereses derivados de una obligación principal consistente en el pago de una cantidad de dinero.—Con relación a los intereses, la doctrina del TS distingue entre los denominados intereses legales y los convencionales. Los primeros son los exigidos por la Ley como es el caso del artículo 1108 *in fine* CC; mientras que los convencionales son los acordados por las partes contratantes. Del mismo modo, se distingue dentro del interés legal: el moratorio, que tiene lugar como su propio nombre indica, cuando el deudor incurre en mora (art. 1108 CC) y sometido al principio dispositivo que rige el proceso civil; y el ejecutorio establecido en el artículo 921 EC de 1881 (similar al actual y vigente artículo 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Este último, si bien consiste en el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia que condena al pago, no es necesario para su estimación que se incluya en el suplico de la demanda (no rige el principio dispositivo), a diferencia de lo que sucede con el interés moratorio (SSTS de 23 de julio y 31 de diciembre de 1998).

La distinción no es baladí, toda vez que desde un punto de vista procesal la sentencia que resuelva sobre éstas cuestiones puede incurrir en incongruencia de no atender a tal diferenciación. (STS de 31 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda por parte de la Comunidad de Propietarios *Los Arlequines*, num. 42 contra don F. G. Q.,

doña A. M. R. y don A. D. G. para que se condene a éstos como promotores y constructor respectivamente, a la reparación de los desperfectos del edificio de viviendas.

En primera instancia el Juzgado estima parcialmente la demanda presentada contra los promotores y el arquitecto, en el sentido de condenarles al pago de una cantidad de dinero, más el 16 por 100 de IVA e intereses legales. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto ante el mismo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial por lo que respecta a los intereses moratorios, y condenando a los demandados (excepto a uno de ellos que no recurrió en casación) al interés legal incrementado en dos puntos.

NOTA.—Repárese en que lo resuelto en esta sentencia es verdaderamente paradójico para los recurrentes en casación con relación a los efectos de aquélla. Ante la condena por parte de la Audiencia Provincial a los demandados, interponen dos de ellos recurso de casación, y estimando el TS dicho recurso, se encuentran éstos sin embargo con una situación menos favorable que la impuesta por el Tribunal Provincial; y esto por no regir en los intereses ejecutorios el principio dispositivo propio del derecho procesal civil. (*J. D. S. C.*)

14. Indemnización de daños y perjuicios sufridos por la falta de suministro del fluido eléctrico.—Los conceptos de imprevisibilidad e inevitabilidad del artículo 1105 CC no se cumplen necesariamente cuando quien los alega se ha limitado a acatar de forma estricta las normas administrativas generales que regulan un determinado ámbito. En efecto y más concretamente, si una Hidroeléctrica conoce los riesgos de inundaciones que además tienen lugar con cierta frecuencia; y es además sabido que la normativa general no es suficiente para eliminar tal riesgo, no se exonera aquélla de responsabilidad apelando al cumplimiento de la normativa. A mayor abundamiento, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece una responsabilidad objetiva de ciertas empresas entre las que se encuentran las de suministro eléctrico, en aquellos casos en que se han derivado daños, a excepción de que éstos se produzcan por la culpa exclusiva de los suministrados. (**STS de 13 de diciembre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Cartolot, S. A.* y *Embutidos Caseros Collell, S. A.* sufren ciertos daños por la falta de suministro eléctrico que debía proporcionarles la mercantil *Hidroeléctrica de L'Empordà, S. A.*, razón por la cual deciden demandar a ésta, solicitando a la demandada indemnización por tales daños.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta absolviendo a la Hidroeléctrica. Por su parte, el recurso de apelación es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

15. Indemnización por daños y perjuicios derivada de la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva.—La jurisprudencia ha determinado que la denuncia unilateral del contrato de concesión exclusiva por parte del empresario, cuando éste se ha beneficiado de la clientela aportada por el agente, ha de implicar una compensación indemnizatoria por parte de aquél (SSTS de 22 de marzo de 1988 y 27 de mayo de 1993). En los casos de resolución de contratos de distribución exclusiva surge la indemnización compensatoria derivada de la aportación realizada por el concesionario, y esto, con independencia de que la resolución unilateral se haya realizado con justa causa o no. Así se pronuncia la STS de 27 de mayo de 1993, cuando establece que en los casos de resolución de estos contratos, la obligación de indemnizar no surge de la propia extinción contractual sino de lo aportado al empresario (concedente de la exclusiva). También es acertada, a juicio de la reciente STS de 28 de enero de 2002, la aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de agencia a la concesión exclusiva, siempre que se tengan presentes las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas figuras.

Prueba de estos daños y perjuicios a través de la contabilidad del empresario, en aplicación del artículo 1228 CC.—Este precepto del Código civil no se refiere (según la doctrina jurisprudencial) a la fuerza probatoria de los «asientos, registros y papeles privados» de una de las partes contratantes, en especial cuando la llevanza de tales libros y registros responde a una obligación legal. Los órganos jurisdiccionales determinarán el alcance probatorio de estos documentos atendiendo a su prudente arbitrio, en función de las formalidades de éstos, clase, etc. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Agua de Gredos S. A., Fontdor, S. A., Malave-
lla, S. A., Font del Regas, S. A. y Grupo Vichy Catalán*, de una parte, y don A. M. G. de otra, celebraron contrato de distribución exclusiva. Comoquiera que aquellas sociedades resolvieron unilateralmente dicho contrato, don A. M. G. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, en reclamación de daños y perjuicios por tal resolución. Se estima parcialmente la demanda condenando a las mercantiles a pagar al actor una determinada cantidad fijada en sentencia. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso presentado por las condenadas en instancia, y estima parcialmente el recurso interpuesto por el actor. El TS afirma no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*J. D. S. C.*)

16. Subsidiariedad de la acción rescisoria.—La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad, entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.

Concepto de *consilium fraudis*.—La desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por

el deudor a favor de terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia» en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, e interpretado, por la S de 6 de abril de 1992, como la actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 2 de mayo de 1988 se celebró un contrato de cesión de solar por obra entre don R. M. S. e *Iberia Inversiones, S. A.* El 21 de febrero de 1994 dicha sociedad celebró un contrato de compraventa de las fincas ya edificadas a *Comercial Química Saura, S. A.*, cuyo administrador era el mismo que en la mercantil *Iberia Inversiones, S. A.* Ante la falta de cumplimiento del contrato de cesión de solar por obra, don R. M. S. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hellín solicitando la entrega de la parte correspondiente de la obra y la nulidad de la escritura de compraventa suscrita por ambas sociedades, con base en la existencia de fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Iberia Inversiones, S. A.* a entregar a don R. M. S. la parte correspondiente de la obra edificada, pero no declaró la rescisión de la compraventa al no considerar probada la existencia del fraude. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Albacete revocó parcialmente la sentencia de instancia y declaró la rescisión de la compraventa por fraude de acreedores. Interpuesto recurso de casación por *Comercial Química Saura, S. A.*, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

17. Rescisión del contrato y tercero de buena fe.—Procedería apreciar situación de mala fe si se hubiera probado, lo que no ha sucedido, que los compradores conocían perfectamente que el vendedor no podía disponer de las viviendas que enajenó por estar adjudicadas al cedente de los solares en pago de su transmisión y, no obstante ello, hubieran consentido celebrar el contrato.

No debe dejarse de lado la previsión del artículo 1124 CC, al resultar protector de los terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298, CC si bien referidos a la rescisión y disposiciones hipotecarias. El párrafo segundo del referido artículo 1295 CC prevé el supuesto de encontrarse legalmente las cosas objeto del contrato en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, en cuyo caso, se viene a limitar su alcance rescisorio en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente (SS de 13 de mayo de 1972, 13 de febrero de 1989 y 6 de junio de 1995), que es la solución decisoria correcta que alcanza el Tribunal, pues condenó al adquirente de los solares al pago del valor de las viviendas a la fecha de terminación, como acto previo al otorgamiento de escritura pública por el cedente del suelo.

Prueba de la buena fe.—Es doctrina jurisprudencial reiterada y conocida que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y por

tanto de libre apreciación de los juzgadores de instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe también es concepto jurídico deducido libremente por la apreciación de los hechos que le sirven de origen, dentro de los hechos acreditados que a ella se refieren procediendo su impugnación en casación si se combaten con éxito los hechos en que se fundamentó tal apreciación. En el caso de autos la conducta que se atribuye a los compradores de las viviendas de haber celebrado los contratos careciendo el vendedor de título registral, evidentemente no configura estado de mala fe, sin que tampoco concurren supuestos típicos y precisos por los que se falta a la buena fe contemplados en la S de 2 de febrero de 1992.

Determinación de la fecha de inicio de abono de intereses.—El reajuste de intereses que se postula resulta procedente, ya que se da el supuesto previsto en el número segundo del artículo 1501 CC, pues las cosas que se debían entregar en este caso viviendas dispuestas para su habitabilidad, indudablemente resultan aptas para producir rentas y beneficios. Se trata de propios intereses compensatorios y no moratorios, no actuando como pena civil, sino como contrapartida de la utilidad que ha entrado en el patrimonio del obligado y no cabe aceptar, ya que resultaría injusto que se produzca aprovechamiento torticero habiendo recibido las cosas y no habiendo cumplido voluntariamente con la restitución impuesta en el contrato, aquí actúa el precio sustitutorio, dándose razones de profundo sentido equitativo en el referido apartado segundo del artículo 1501 CC (SS de 15 de febrero de 1905, 30 de junio de 1950, 19 de mayo de 1961 y 28 de noviembre de 1997), pues indudablemente ha tenido lugar no sólo retención de las viviendas, sino disposición onerosa de las mismas, al haber sido enajenadas, con lo que se privó a quien debía ser titular tanto de su propiedad, uso y disfrute, como de las rentas que pudieran haber generado. Los intereses correspondientes a la cantidad que representa el valor de las viviendas serán devengados desde la fecha de su terminación, los que se cuantificarán en ejecución de sentencia (**STS de 16 de diciembre de 2002**; ha lugar.)

HECHOS.—E. P. C. y L. A. T. celebraron un contrato privado en fecha 18 de marzo de 1967, por el que el primero aportó y cedió al segundo dos solares de su propiedad para la construcción de viviendas. E. P. C. cedió el solar a cambio de que se le entregasen cuatro pisos del edificio que se iba a construir y se comprometió a otorgar el contrato de cesión en escritura pública cinco meses antes de la terminación de las obras. Posteriormente el constructor vendió a terceros los cuatro pisos que correspondían al cedente, ante lo que éste interpuso demanda solicitando la resolución del contrato de cesión. El demandado formuló reconvencción solicitando la condena de E. P. C. a elevar a público el contrato privado de cesión del solar. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y la reconvencción. El demandante interpuso recurso de apelación al que se adhirió el demandado. La Audiencia Provincial estimó parcialmente las pretensiones de ambas partes, y condenó a la demandante a elevar a escritura pública el contrato privado de cesión de solar y a la reconvincente al pago del valor de los pisos que no habían sido entregados al cedente y de los intereses moratorios desde la fecha de interposición de la demanda. El demandante interpuso recurso

de casación y el TS estimó parcialmente el recurso y condenó a la demandada a abonar los intereses correspondientes al valor de las viviendas desde la fecha en que debieron haber sido entregadas. (R. T. B.)

18. Rescisión por fraude de acreedores. Pago realizado en situación de insolvencia.—El artículo 1291 CC recoge las causas de la rescisión en una enunciación, de carácter cerrado, según corresponde a la naturaleza de este remedio extraordinario que no cabe interpretar más que restrictivamente, limitación que no rompe el último de los supuestos que contempla la lista («cualesquiera otros», puesto que estos casos tienen que estar «especialmente» determinados por la Ley). A los supuestos del precepto, pueden asimilarse por iguales razones implícitas los pagos hechos, en estado de insolvencia, respecto de los que no hay todavía deber jurídico de cumplimiento inmediato, a lo que se refiere el artículo 1292 CC. Pero la constitución de hipoteca que se cuestiona se debe al obligado cumplimiento de pacto anterior, sin que se haya probado la situación del mismo en la fecha del pacto, que la Audiencia admite como válido, especialmente en cuanto que con toda lógica da como probado las transferencias de dinero determinantes del pacto.

Requisitos.—La rescisión por fraude de acreedores, que es la figura que determina el artículo 1291.3 CC necesita para su plena vigencia y para que pueda ser objeto de una determinada pretensión judicial que recaiga sobre actos o negocios rescindibles, que exista una intención fraudulenta por parte del deudor y, por último, que de todo ello surja un concreto perjuicio (S. de 1 de diciembre 1997). Del pacto previo a la constitución de hipoteca en ningún momento la sentencia declara que exista intención fraudulenta del deudor.

Efectos de la fecha de un documento privado frente a terceros. Admisión de su veracidad a partir de otros actos.—Como fue declarado en Sentencia de 30 de mayo de 1989, el principio legal que establece el artículo 1227 CC, es aplicable cuando el hecho a que se refiere solamente puede tener demostración por el propio documento, lo que no ocurre cuando existen otros medios de prueba que acrediten la realidad de la fecha que en él aparece, la que puede tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobora por otras pruebas practicadas, cuya doctrina se encuentra respaldada por la establecida en distintas sentencias (SS. de 20 de diciembre de 1956, 6 de julio de 1982, 12 de julio de 1986, 25 de enero 1988, 16 de febrero de 1990, 22 de junio de 1995, 23 de diciembre y 3 de julio de 1996). La alegación de oposición al recurso no se corresponde con la apreciación de los hechos probados que ha hecho la sentencia que se recurre y discute, que en casación no es la del Juzgado de Primera Instancia, sino la dictada por la Audiencia en virtud del recurso de apelación. Toda vez que ha tenido en cuenta para dar validez al documento las pruebas referidas a la realidad de la transferencia de cantidades que en el mismo figuran. Por otra parte algunas sentencias declaran que el artículo 1227 CC se refiere al caso en que por un solo documento privado se pretende justificar determinado hecho, y tiene como finalidad evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien en él no hubiese intervenido, pues no hay inconveniente alguno en que la veracidad de la misma se pueda admitir desde que se comprueba con relación a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación (SS de 5 de octubre de 1957 y 25 de enero de 1989). (STS de 7 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 29 de enero de 1991, doña M^a. L. y don J. manifestaron en un documento privado que cada uno de ellos ingresaba la cantidad de 10.000.000 de pesetas en una cuenta bancaria de *Parmi, S. A.* en concepto de préstamo, y que dicha suma de dinero perdería ese «carácter si se produjera una ampliación de capital en la sociedad, en cuyo supuesto se destinaría la indicada suma a la suscripción de acciones por parte de los prestamistas». En el mismo documento su hermano don I., socio y administrador de la sociedad, se obligó a «avaluar o a garantizar realmente» el cumplimiento de la obligación de *Parmi, S. A.* de devolver las cantidades entregadas en el caso que esa sociedad no acordase la mencionada ampliación de capital en un plazo de seis meses. Al no realizarse la misma, ni devolverse el dinero, el día 11 de diciembre de 1992 don I. otorgó hipoteca a favor de doña M^a. L. y don J.. Con anterioridad se habían dictado diferentes sentencias condenatorias e iniciado procesos ejecutivos y de reclamación de créditos contra don I. Uno de sus acreedores, don M. A., interpuso demanda en la que solicitó la nulidad de la hipoteca o, subsidiariamente, su rescisión por haber sido celebrada en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón dictó sentencia el 30 de mayo de 1995, en que estimó la demanda y declaró la nulidad de la hipoteca por inexistencia de la obligación garantizada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 5.^a, dictó sentencia el 27 de febrero de 1997, en la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida al declarar rescindida la hipoteca por fraude de acreedores. Don I., don J. y doña M^a. A.—como sucesora de doña M. L.—recurrieron en casación. El TS estima el recurso. (*J. M. B. S.*)

19. Rescisión por fraude de acreedores. Inicio del cómputo del plazo de caducidad.—El motivo se desestima porque la jurisprudencia de esta Sala no exige como requisito de prosperabilidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores la previa acreditación y declaración judicial de la insolvencia del deudor. La S de 17 de julio de 2000 negó que el plazo de caducidad al que está sometido el ejercicio de aquella acción empiece a correr desde que la persecución de bienes del deudor ha concluido. Además, también se desestima porque, si bien están acreditadas las fechas de 1989 como momentos en que se determinan cuantitativamente los créditos laborales, no lo es menos que hasta el 9 de noviembre de 1992 pudo ejercitar el actor recurrente la acción rescisoria, ya que la venta que impugna se inscribió el 9 de noviembre de 1988, y en el recurso no figura ningún motivo que impugne la consideración de esta última fecha como *dies a quo* del plazo de la acción rescisoria. A los cuatro años de la fecha de la inscripción registral de la venta se extingue necesariamente la acción rescisoria, por ser un plazo de caducidad (S de 4 de septiembre de 1985 y las que cita). (STS de 2 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1988 *Servicios de Imagen y Registros, S. A.* vendió un local comercial a *Raismabel, 4, S. A.* —la sentencia no especifica la fecha concreta— y esa compraventa se inscribió en el

Registro de la Propiedad el 9 de noviembre del mismo año. Don F. interpuso demanda contra ambas empresas, en la que solicitó la rescisión por fraude de acreedores, al entender que la compraventa se había realizado con el objeto de producir la insolvencia de la vendedora ante distintos procedimientos judiciales instados por la demandante en la jurisdicción de lo social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona dictó sentencia el 17 de julio de 1995, en la que desestimó la demanda y estimó la excepción de caducidad de la acción opuesta por las empresas demandadas. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, dictó sentencia el 3 de marzo de 1997, en la que desestimó el recurso de apelación. Don F. recurrió en casación por entender que el estado de insolvencia de *Servicios de Imagen y Registros, S. A.* no se declaró hasta el auto del Juzgado de lo Social, de 20 de julio de 1992, dictado en otro procedimiento judicial y que puso fin a las reclamaciones judiciales que se seguían contra la demandada. El TS considera que el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria tiene lugar a partir de la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, aunque no haya finalizado la persecución de los bienes del deudor, por lo que desestima el recurso. (*J. M. B. S.*)

20. Preferencia de los créditos salariales de los trabajadores frente al crédito de un acreedor pignoraticio, respecto de la cosa pignorada.—Sin perjuicio de lo que disponen los artículos 1922.2 y 1926.I CC y a pesar de entenderse esta cuestión como tema *decidendi del litigio*, no se entra a valorar la misma, toda vez que no concurren los requisitos necesarios del contrato de prenda.

Requisitos para la existencia del contrato de prenda.—Son características de la prenda la no transmisión al acreedor pignoraticio de la propiedad de la cosa pignorada, así como la obligación de retener por parte de aquél; la cual no existe si la cosa pignorada se transmite al acreedor pignoraticio. Además, el derecho de prenda se caracteriza no sólo por esa facultad de retención recogida en el artículo 1866 CC, sino que además implica (del mismo modo que sucede con el derecho de hipoteca) la facultad de enajenar las cosas pignoradas para pagar al acreedor, lo que se denomina *ius distrahendi* (STS de 24 de junio de 1941).

Si la prenda se constituye sobre una imposición a plazo, aunque ésta se encuentre configurada a través de un pagaré, estamos ante una prenda irregular o pecuniaria, en la medida en que la entrega del pagaré no se entiende como entrega de un título-valor sino como dinero efectivo. (STS de 11 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una serie de personas físicas promueven demanda de tercería de mejor derecho contra *Banesto, S. A.* y contra *Mediterránea de Obras Públicas y Servicios, S. L. (MEDOPS)* sobre reclamación de cantidad. Los actores solicitan que se declare su derecho preferente por los créditos salariales que tienen frente a *MEDOPS*, por resolución del Juzgado de lo Social. Por su parte, *BANESTO, S. A.* es acreedor pignoraticio de *MEDOPS* y se discute si respecto del objeto de la prenda, a saber, un pagaré

de propia financiación, ostenta *Banesto, S. A.* mejor derecho que los actores.

Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia declara preferente el derecho de los demandantes por los créditos salariales contra *MEDOPS*, salvo el pagaré constituido como garantía prendaria, cuyo mejor derecho corresponde (según este juzgador), a *Banesto, S. A.* La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los trabajadores e incluye el pagaré de propia financiación en los créditos preferentes de los actores. Recurrida en casación la resolución de la Audiencia, el TS declara que no ha lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)

21. Diferencia entre el protesto de una letra de cambio y la escritura pública, de cara a la preferencia de créditos.—Como afirma la STS de 13 de junio de 2000, no todos los documentos autorizados por fedatario público tienen carácter de escritura pública, sino solo aquéllos a los que la ley y la jurisprudencia concedan tal significado. De hecho, señala el TS en reiterada jurisprudencia (SSTS de 29 de abril, 14 de junio y 19 de noviembre de 1988) que los protestos no son escrituras públicas, sino meramente actas, ya que su objeto se limita a la constatación de la falta de aceptación o de pago de las letras. Por el contrario, en una escritura pública se trataría de dejar constancia de la voluntad concorde de las partes para crear una obligación o del reconocimiento de la misma por el deudor.

Créditos quirográficos. Preferencia.—Según la STS de 1 de marzo de 1978, cuando el crédito es quirográfico, su preferencia se fijará de acuerdo con la fecha del documento en que se recoja.

Prueba de presunciones frente a prueba directa.—Aunque el artículo 1253 CC autoriza al Juez a acudir a la prueba de presunciones, esto no significa que deba necesariamente hacer uso de ella (STS de 10 de octubre de 2000). De hecho, no se vulnera este precepto cuando la fundamentación deriva de pruebas directas que obran en el proceso. (**STS de 4 de noviembre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el reintegro por parte de la Hacienda Pública de una elevada suma en concepto de devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido a *Club de Camp Perafita, S. A.*, la entidad *Perafita, S. A.* interpone tercería de mejor derecho y, subsidiariamente, de dominio, frente a la entidad mercantil anteriormente mencionada y frente a *OCISA*, acreedora de la primera. *Perafita, S. A.* (empresa vinculada al *Club de Camp Perafita, S. A.*, pero distinta en sus accionistas), alega a su favor la existencia de un contrato de cesión del crédito que tenía *Club de Camp Perafita, S. A.* frente a la Hacienda Pública, recogido en escritura pública de 17 de marzo de 1992. Por su parte, el crédito de *OCISA* deriva, al parecer, de una letra de cambio frente a cuyo impago había promovido ésta juicio ejecutivo cambiario el 28 de mayo de 1992.

La tercería es estimada en primera instancia, frente a lo cual recurre *OCISA* en apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Interpone entonces *OCISA* recurso de casación, alegando la preferencia de su crédito y la nulidad del contrato de cesión de crédito

sobre el que se apoya la pretensión de *Perafita S. A.* El TS desestima el recurso.

NOTA.—La prueba de presunciones aparece actualmente recogida en el artículo 386 LEC 1/2000, de 7 de enero. (A. M. M.)

22. Resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva.—El mutuo disenso de las partes contratantes puede efectivamente provocar la extinción de la relación jurídico obligatoria, si bien es necesario que aquel aparezca debidamente probado y aceptado por las partes. Si además se pactó en el contrato que tal resolución debía comunicarse previamente con un determinado plazo de tiempo, el obviar tal pacto implicará la obligación de indemnizar por parte del incumplidor.

Doctrina de los actos propios. Los actos deben ser concluyentes e indubitados.—Deben definir de una manera inalterable e inequívoca la situación del que los realiza y deben estar dirigidos a crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica (SSTS de 24 de octubre de 1985, 20 de febrero de 1995, 20 de febrero de 1997, entre otras). (STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Existe entre las partes un contrato de distribución en exclusiva, el cual es resuelto unilateralmente por una de las partes, que alega la aceptación de tal resolución por la otra. En primera instancia, el Juez desestima la demanda presentada por *Konig Records, S. A.* contra *BMG Ariola, S. A.* La actora interpone recurso de apelación que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, en el sentido de condenar a la demandada a abonar una indemnización conforme a ciertas bases establecidas. La parte condenada por la Audiencia, formaliza recurso de casación ante el TS al que no ha lugar. (J. D. S. C.)

23. Calificación del contrato: compraventa de bienes muebles a plazos y no *leasing*.—En relación al artículo 1255 CC de carácter general, no puede olvidarse que corresponde al Tribunal de Instancia la calificación del contrato que se somete a su consideración; lo que implica la necesidad de aceptar la razonable calificación que del contrato hacen las sentencias recurridas como de compraventa a plazos y no de arrendamiento financiero y como tiene declarado con reiteración esta Sala, la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes asignen a aquéllos.

No puede estimarse como contrato financiero el que aquí se cuestiona, pues no se regula el ejercicio de la opción de compra por el valor residual, ya que no se especifica el plazo para ejercitarla ni la forma de su ejercicio.

Al tratarse en realidad de un contrato de compraventa no surge la obligación de pago del precio, en este caso aplazado, ya que no se ha producido la entrega de la cosa en la forma adecuada y exigible, como se desprende del informe pericial que manifiesta que la máquina sólo pudo funcionar durante el período de montaje y prueba y carece de contadores que puedan indicar el número de actuaciones que realizó, si es que hizo alguna, ya que la máquina no funcionó desde su puesta en marcha, como así lo declara probado la sentencia de primera instancia.

En la sentencia de apelación se confirman íntegramente tanto la apreciación de hechos como la calificación contenida en la sentencia de primera instancia, y sólo se hace referencia al posible arrendamiento financiero para mantener para tal caso también la desestimación de la demanda por la falta de entrega consignada.

Condiciones generales de la contratación.—En relación a los contratos de adhesión, la doctrina se pronuncia en el sentido de que la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales a las que no son ajenas prácticas que se desarrollan por la posición preeminente que ocupan en el mercado, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predispone. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se reduce a la prestación del consentimiento careciendo, por regla general (aunque no siempre ocurre así), de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones de contrato. Surgen de este modo, las «condiciones generales», es decir, las impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone.

Estas nuevas realidades sociales que son hoy lugar común en el tráfico jurídico dejan, a veces, mal parada la libertad de contratación por lo que el derecho ha establecido mecanismos compensatorios, ora sea mediante la declaración de las cláusulas oscuras que perjudiquen a la que se denomina «parte débil» del contrato, ora sea mediante sistemas de declaración de nulidad por abusivas de las condiciones generales. Estas materias, sin embargo, aunque pertenecen al derecho privado, no obstante las normas interventoras que las regulan, están regidas por leyes especiales (Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Legislación de Comercio y Directivas de la Unión Europea aplicables). (STS de 15 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Uniter-Leasing* (hoy *Hispaner Servicios Financieros*) formuló demanda contra doña P. C. J. y don M. R. A. en reclamación de cantidad derivada, según la entidad, de un arrendamiento financiero relativo a una máquina. Los demandados se opusieron alegando la existencia de un contrato de compraventa a plazos y la falta de entrega de la instalación fotográfica, por inidoneidad de la misma —dada su falta de funcionamiento— para el servicio que justificó su adquisición. Tanto en primera instancia como en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la reclamación fue desestimada en su integridad. La actora interpone recurso de casación, declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

24. Donación y división de la cosa común: consentimiento y forma.—Argumenta el motivo, en primer lugar, que el documento divisorio referido no tiene valor alguno, por representar una donación de bienes

inmuebles no formalizada en escritura pública, y al ser exigencia formal que impone el artículo 633 CC.

La respuesta casacional no puede ser otra que declarar que no se trata de efectiva donación de unos comuneros a favor del que parece resultar favorecido, pues no se presenta concurrente el *animus donandi* necesario, al no resultar patente la voluntad de los que recurren de haberla llevado a cabo, y dicha voluntad decidida es la que juega en cuanto resulte expresiva de que lo que es de uno pase a otro por la liberalidad de aquél, es decir ha de tratarse de un desprendimiento voluntario, lo que aquí no ha ocurrido, sino que los copropietarios interesados lo que efectivamente quisieron, en el ejercicio de su voluntad libre y unánime, fue efectuar división parcial del bien común y no realizar un efectivo contrato de donación tal como está definido en el artículo 618 CC. Declara la S de 9 de junio de 1995 que se trata efectivamente de acto de disposición sobre parte de una cosa común, no siendo necesario el otorgamiento de escritura pública para la validez del mismo. No resulta trascendente para poder decretar la invalidez de la división realizada el hecho no demostrado de que no se hubieran respetado las cuotas iniciales de las participaciones adjudicadas por el padre, ya que en el documento los cotitulares establecieron contraprestaciones recíprocas. Tampoco se integra en la sentencia como hecho acreditado que la recurrente hubiera recibido el 95 por 100 de los bienes litigiosos, pues el Tribunal de Instancia sólo partió de esta posible premisa para considerar improcedente la rescisión por caducidad de la acción.

Estamos ante una decisión convencional que, por lo expuesto, ha de ser respetada, al presentarse claramente expresada la voluntad de los interesados de poner fin al estado de indivisión de la finca en la forma en que acordaron. En estos casos de división voluntaria y extrajudicial, el acuerdo adoptado resulta válido y obligatorio (Sentencia de 10 de mayo de 1994), sin olvidar que, al remitirse el artículo 406 CC a las reglas de la división de la herencia, el artículo 1058 faculta a los herederos a distribuir los bienes del causante de la manera que tuvieran por conveniente, en los casos en los que el testador no hubiera hecho ni encomendado a otro la partición.

Se rechaza por lo expuesto la infracción aportada del artículo 400 CC, así como la del artículo 1280 CC. La división referida, llevada en documento privado, resulta eficaz aunque no conste referida en escritura pública, lo que no exige el artículo 402 CC, al facultar a los propios interesados para practicar la división de la cosa común.

El artículo 1280 CC no se impone en su literalidad, pues sería contradictorio al 1278 y sólo ha de aplicarse a aquellos actos expresamente contemplados en el Código Civil como excepciones a la libertad de forma.

Alcance del requisito de la forma en la donación de inmuebles.—Se aporta infracción de la jurisprudencia, citando dos sentencias de esta Sala de casación civil.

La de 5 de noviembre de 1996 estudia la validez y eficacia de un documento privado otorgado por una mujer a favor del hombre con el que había mantenido vida en común. Por dicho documento la copropietaria vino a ceder a su pareja la totalidad de la propiedad del local que habían adquirido por mitades indivisas. La Sala civil del TS declaró que tal cesión constituía efectiva donación pura y simple del bien inmueble y, al no constar en escritura pública, el referido documento carecía de toda virtualidad transmisiva del dominio.

La sentencia que se aporta, de fecha 3 de marzo de 1995, resuelve la validez del documento privado por medio del cual el padre donó a su hijo un chalé de su propiedad, concediendo el usufructo a perpetuidad a favor de la madre, con la que había estado relacionado por unión de hecho. El TS declaró que, toda vez que se trataba de donación de inmuebles en la que no se había cumplido con la exigente, solemne y esencial formalidad de constar en escritura pública, no era apto el documento privado para actuar como instrumento de transmisión del dominio y la donación discutida estaba afectada de plena invalidez.

Estas sentencias se refieren a supuestos totalmente distintos al discutido en este pleito. (STS de 14 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Cinco hermanos reciben la donación que les hace su padre de diversas fincas —entre ellas una casa con parte de pajar, objeto del pleito— a cuya titularidad dominical acceden por quintas partes indivisas. Por documento privado se acuerda la división y distribución de la casa discutida adjudicándose a la demandante parte de la propiedad —«el piso segundo y el desván, con entrada e ingreso por la parte trasera de la casa»—, quedándose los otros hermanos con el resto del inmueble «según las partes y divisiones que quisieran hacer» y manteniéndose entre todos ellos la comunidad del suelo y el tejado del edificio. Pretende la adjudicataria separar e incomunicar materialmente su parte a lo que se oponen los hermanos. Llega el asunto a los Tribunales y el Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión divisoria. La Audiencia, sin embargo acoge el recurso de apelación declarando el derecho de la actora a separar en forma a determinar en ejecución de sentencia el piso y desván adjudicados. Contra esta sentencia interponen los hermanos recurso de casación que el TS desestima. (R. G. S.)

25. La obligación del arrendador de entregar la cosa en buen estado.—Conforme a los artículos 1554.1.º y 1556 CC, el arrendador debe entregar la cosa en buen estado para servir al uso para el que se arrienda y le corresponde a él comprobar el estado del objeto antes de su entrega.

La obligación del arrendador de realizar las reparaciones necesarias en la cosa arrendada.—El arrendador tiene, frente al arrendatario, la obligación de reparar la cosa entregada y esta reparación debe ser efectiva para permitir el goce del objeto arrendado sin ningún obstáculo. Por tanto, no se cumple con esta obligación realizando simplemente las reparaciones necesarias, sino cuando éstas se hacen de tal forma que finalicen con la producción de los daños. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que el arrendador pudiera tener contra quien realizó las obras imperfectamente. (STS de 19 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Muebles Olvera Center, S. L.* arrendó una nave de don F. O. C. para guardar sus mercancías. En julio de 1992 la nave arrendada se inundó fruto de unas lluvias acaecidas en la zona. El arrendatario comunicó al arrendador la producción de esta inundación como consecuencia de los defectos que existían en las canalizaciones que desaguaban las lluvias. El arrendador realizó las

obras necesarias, pero en mayo de 1993 la nave se inundó otra vez. *Muebles Olvero Center, S. L.* demandó a su arrendador y le reclamó una indemnización por los daños padecidos en las mercancías guardadas en el inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta decisión fue ratificada por la Audiencia Provincial de Granada. La demandante interpone recurso de casación ante el TS, que desestima el recurso. Según el TS, aunque el arrendador incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada en buen estado y de realizar las reparaciones necesarias, no queda acreditado que realmente se produjeran los daños que alega la demandante. (M. V. V.)

26. Responsabilidad decenal por ruina: casos en que procede la solidaridad.—Efectivamente es doctrina reiterada de esta Sala que en los casos de ser imposible o de difícil discriminación separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en un contrato de obra, y por ende en el proceso constructivo, se puede imponer y desde luego exigir la responsabilidad solidaria de los mismos.

Y el presente caso es uno de esos en que es prácticamente imposible individualizar responsabilidades en todos los actuantes en el edificio afectado de daños ruinógenos.

Y así es, pues los desperfectos existentes en los elementos prefabricados de hormigón que cubren los tendedores del edificio, se debieron a que los mismos no eran aptos para la zona en que se emplearon —próxima al mar—. Y desde luego que dichos prefabricados se incorporaron a la obra durante la ejecución de la misma.

Pero además los referidos prefabricados, a pesar de lo anterior, no fueron tratados convenientemente para soslayar los efectos de su ubicación y de sus características.

Y como no se puede olvidar que la inspección de los materiales a utilizar en una obra y la idoneidad de los mismos corresponde a los aparejadores o arquitectos técnicos —el recurrente actuó como tal en la obra en cuestión—, según se determina en el Decreto 265/1971, de 19 de febrero y en el Real Decreto 314/1979, de 19 de enero; la responsabilidad en el presente caso está bien delimitada en la sentencia recurrida sin perjuicio de unirla a los demás intervinientes en la realización de la obra, y que, ahora, no son partes recurrentes.

Todo ello, inferido del dictamen pericial obrante en autos y lógicamente interpretado en la referida sentencia cuya crítica y cuestionamiento, sirve también para sustentar la desestimación del actual recurso, pues ello supone la conversión del recurso extraordinario de casación en una tercera instancia. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios demanda a la empresa *Urbanizadora Miranda, S. A.*, D. J. M., D. E. de la T. y D. J. G.. Se reclama del Juzgado declaración de la responsabilidad solidaria de los demandados por los defectos ruinógenos existentes en el edificio de la comunidad salvo que pudiera establecerse su concreción individual. Se reclama igualmente la realización de las obras necesarias para la habitabilidad, solidez y seguridad del inmueble. El Juzgado atiende parcialmente a lo pedido y condena

solidariamente a los demandados a realizar las obras necesarias para la reparación de los vicios constructivos apreciados en la junta de dilatación del techo del garaje comunitario. Apela la comunidad y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia condenando conjunta y solidariamente a los demandados a realizar las obras necesarias para la reparación de los desperfectos existentes en determinado piso y en los elementos prefabricados de hormigón que cubren los tenderos de los portales. Recurre la sentencia de apelación D. J. J. G.. El TS declara no haber lugar a la casación. (R. G. S.)

27. Responsabilidad por ruina y litisconsorcio pasivo necesario.— Como ha declarado esta Sala, en los casos de vicios en la construcción, el actor puede dirigir la acción basada en el artículo 1591 CC contra las personas físicas o jurídicas a las que crea responsables y con su demanda es evidente que queda plena y correctamente constituida la relación jurídico-procesal. Sin embargo, si la sentencia declara que los sujetos demandados no son los responsables, el actor deberá demandar a otros, ya que la sentencia no puede condenar a quienes no han sido oídos en el proceso. Por tanto, el hecho que no se demande a todos los participantes en el proceso constructivo, no determina una incorrecta constitución de la relación jurídico-procesal, sobre todo si se tiene presente que la sentencia que recaiga no prejuzga la responsabilidad de los demás concurrentes en la obra. Esta repercusión de responsabilidad pertenece a las relaciones *ad intra* entre los supuestos corresponsables y no trasciende necesariamente frente al titular del derecho (SSTS de 3 de enero de 1990, de 23 de enero de 1991 y de 6 de septiembre de 1993). (STS de 29 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La promotora *URBEN, S. A.* impulsó la construcción de las treinta y dos viviendas que formaban la Urbanización Residencial Puertas de Jerez. Don M. C. C. y los propietarios de veintiocho de estas viviendas demandaron a dicha promotora, dado que sus casas padecían defectos que determinaban su ruina funcional y no se habían ejecutado algunas de las obras proyectadas. Los demandantes solicitaban que se condenase a la demandada a una indemnización por los daños y perjuicios existentes en las viviendas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Ambas partes interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, que desestimó el recurso interpuesto por la promotora y estimó el de los demandantes, con lo cual aumentó la cuantía de la indemnización. *URBEN, S. A.* interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo y alega, entre otros motivos, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no fueron demandados ni el constructor ni el arquitecto de las obras. El TS, aunque no estima la excepción alegada, declara que ha lugar el recurso y reduce la suma de la indemnización, porque, aunque la urbanización constaba de treinta y dos viviendas, sólo veintinueve de los propietarios demandaron a la promotora.

NOTA.—En esta sentencia, el TS manifiesta, una vez más, su posición ante la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación y sus consecuencias procesales. Este Tribunal ha considerado, de forma reiterada, que los sujetos responsables *ex artículo 1591 CC* responden de forma solidaria en aquellos casos

que «sea imposible separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en la obra (...) y no entra en juego, por tanto, cuando ha podido procederse a una concreta atribución o personalización de las conductas dañosas y se conoce la incidencia de cada una de ellas en el resultado global» [STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000\7523)]. Esta responsabilidad solidaria tiene como consecuencia, según una reiterada línea jurisprudencial, que no deba existir litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, a veces el mismo Tribunal se ha apartado de esta línea, como, por ejemplo, en la STS de 3 de noviembre de 1999 (RJ 1999/9043), ya que, en ese caso, aunque los sujetos respondían de forma solidaria, el TS declaraba que se trataba de una solidaridad nacida en la propia sentencia, lo cuál exigía que todos los sujetos fuesen declarados como responsables en la sentencia y esto requería que todos ellos hubiesen intervenido como parte en el proceso (véase Encarna Cordero Lobato, «Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1999», *CCJC*, núm. 52, enero-marzo 2000, pp. 375-391).

Actualmente, el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999) dispone que el promotor es responsable solidario de los daños producidos en la vivienda. Además, la DA 7.ª de esta ley prevé la posibilidad que el sujeto demandado pueda solicitar que la demanda se notifique a los otros agentes que han intervenido en el proceso de construcción. Esta posibilidad mitigaría los efectos perjudiciales de la imposibilidad de oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Al respeto, también se debe tener presente que el demandado podría hacer uso de la intervención provocada prevista en el artículo 14 LEC (en este sentido, Pilar Álvarez Olalla, *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 134 y ss.). (M. V. V.)

28. Responsabilidad del arquitecto cuando la ruina se debe a vicio del suelo.—El inciso segundo del párrafo primero del artículo 1591 CC claramente establece «la responsabilidad del arquitecto cuando la ruina se debe a vicio del suelo», que debe entenderse en sentido amplio como vicios del proyecto (SS de 18 de octubre de 1996 y 15 de julio de 2000). El contenido del artículo 1591 ha suscitado muchos problemas interpretativos pero no precisamente en cuanto al apartado transcrito. Sentado en la instancia que la causa del vicio constructivo se encuentra en un problema del suelo y ausencia de medida precautoria en el proyecto constructivo resulta in cuestionable que la responsabilidad se individualiza en el arquitecto, y no es extensible a los otros agentes de la construcción. Así lo viene declarando reiteradamente la doctrina de esta Sala, y entre otras cabe citar las SS de 18 de octubre de 1996, 15 de julio de 2000, 5 y 15 de marzo de 2001, y concretamente en cuanto a la imprevisión de las condiciones del terreno y de las variaciones del nivel freático las SS de 28 de enero de 1994 y 9 de marzo de 2000 (esta última a propósito también del río Ebro).

Responsabilidad individualizada de los agentes constructores: supuestos en los que procede.—La presunción de culpa de los agentes constructivos cuando se acredita la existencia de la ruina no obsta a que, probada

la causa de la ruina (como ocurre en el caso según la apreciación intacta en casación, de la resolución recurrida), se individualice en el responsable la consecuencia jurídica resarcitoria (entre otras, SS. de 31 de marzo 2000 y noviembre de 2002). La solidaridad sólo opera cuando hay pluralidad de responsables y no es posible discernir –individualizar o concretar– las respectivas responsabilidades (entre otras, SS de 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002).

Responsabilidad del promotor: culpa in eligendo.—Finalmente, la única posibilidad de responsabilidad del promotor –aparte de su condición de constructor– sería la de apreciar una culpa *in eligendo* por su intervención en la designación del arquitecto, a quien la resolución recurrida considera causante del vicio ruinógeno pero no condena por el aquietamiento de la Comunidad actora con la absolución de dicho arquitecto acordada en la sentencia del Juzgado. Tal tipo de responsabilidad resarcitoria por *culpa in eligendo* ha sido reconocida en la doctrina jurisprudencial (entre otras, SS de 20 de diciembre de 1993, 20 noviembre y 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 28 de mayo de 2001, 13 de mayo de 2002), sin embargo en el caso no se puede ni siquiera examinar pues además de que no se planteó en tales términos la demanda, en cualquier caso, al no existir condena en tal sentido en primera instancia, debió haberse apelado la hipotética desestimación implícita por el concepto distinto del de constructor por el que había sido condenado, lo que no se hizo. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a la empresa constructora, al promotor-constructor, al arquitecto y al arquitecto técnico. Apoya su reclamación en las graves deficiencias aparecidas en el edificio como consecuencia del deficiente tratamiento de impermeabilización, acrecentadas posteriormente con las sucesivas elevaciones del nivel freático por razón de la proximidad de la construcción al cauce del río Ebro. Y considera que a esas alteraciones debe extenderse el concepto de ruina del artículo 1591 CC en tanto que exceden las comunmente denominadas «imperfecciones corrientes». El Juzgado de Primera Instancia absuelve a la constructora y al arquitecto. Apelan la comunidad y los condenados y la Audiencia absuelve a éstos considerando que la causa de los defectos ruinógenos se encuentra en un problema del suelo y del proyecto por lo que el responsable sería el arquitecto al que, sin embargo, no procede condenar por haber sido absuelto en la instancia sin que por la comunidad actora se haya recurrido la absolución. Interpone recurso de casación la comunidad de propietarios declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

29. La sujeción del aparejador a las instrucciones del arquitecto no le exonera de responsabilidad por los defectos de la obra.—El motivo acusa infracción del párrafo primero del artículo 1591 CC. Su fundamentación se sustenta en imputar los defectos de la obra al proyecto y dirección del arquitecto, y en que el aparejador recurrente se ajustó a las instrucciones del mismo.

El motivo se desestima pues el aparejador no es de ningún modo un autó-mata en la construcción de una obra; puede y debe dar cuenta de los defectos que aprecia en la realización y práctica del proyecto, y con ello evitar daños en la construcción. Razonablemente la Audiencia, en el FJ 5º de la sentencia

recurrida, después de constatar las deficiencias dice que «debían ser observadas por dicho profesional, especialmente las que derivan del diseño o proyecto visibles[...] a pesar de que la responsabilidad directa de estos defectos sea de la dirección superior, el aparejador debía en todo caso haber hecho constar estas anomalías en el enterado del Libro de Ordenes si no se atrevía a subsanar las subsanables sobre la marcha».

No es aplicable el artículo 1591 del CC a los defectos menores de la obra que deben repararse por la vía del cumplimiento defectuoso de las prestaciones.—El motivo tercero acusa infracción del artículo 1591, párrafo 1.º del CC Se basa en que la sentencia recurrida impone al recurrente como aparejador la obligación de indemnizar con 147.711 pesetas a la parte actora, como importe de la reparación efectuada como consecuencia de la falta de limpieza de las tuberías de la obra. Entiende el recurrente, por las razones que prolijamente expone, que es improcedente esta condena de acuerdo con el precepto infringido, que no se aplica más que cuando los defectos de la construcción sean importantes y su no corrección pueda producir una ruina en más o menos lejanas fechas.

El motivo tiene razón pues por muy amplio que sea el concepto de ruina en la aplicación del artículo 1591, nunca abarcará a defectos menores, de una entidad que no encajan en aquél y que tienen su corrección en las reglas sobre incumplimiento defectuoso de las prestaciones debidas, aplicándose entonces el artículo 1101 del CC. Pero ocurre que la parte actora ha fundamentado también su demanda en el citado precepto, por lo que debe mantenerse la condena. En consecuencia, el motivo se desestima. (STS de 11 de diciembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don R. y doña G. demandan a don M. (contratista), doña S. (arquitecto), don J. (aparejador) y a don F. (arquitecto que aconsejó la realización de la obra en régimen de *consulting*). El motivo de la demanda son los daños y perjuicios irrogados a los actores con ocasión de la construcción de una vivienda unifamiliar. Se interesa la condena solidaria de los demandados al resarcimiento que deriva del incumplimiento y defectuosa ejecución de la obra. Absuelve el Juzgado de Primera Instancia a don M. y don F. estimando la demanda en cuanto a los demás. La Audiencia, en grado de apelación, absuelve a la apelante —doña S.— de la condena al pago de determinada cantidad por obras de reparación de fugas de agua, confirmando en el resto la sentencia apelada respecto de las peticiones principales de la demanda. Interpone recurso de casación el aparejador —don J.— y el TS casa parcialmente la sentencia recurrida en el extremo relativo a la condena en costas. (R. G. S.)

30. Contratos de servicios de abogado: responsabilidad profesional por no haber solicitado en la demanda el recargo del 20 por 100.—El contrato de los servicios profesionales prestado por los abogados se define en el artículo 1544 CC como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto, estando pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente; se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente en el Estatuto General de la Abogacía de 1982, siendo las obligaciones esenciales la de prestar el servicio por parte del abogado, y pagar el precio o remuneración

por el empleador o cliente en la terminología forense; se añade el deber de fidelidad, estudiado por la doctrina alemana con base en el BGB, aceptado por la española y por la STS de 3 de julio de 1990, con apoyo en el artículo 1258 Cc y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios que da lugar a una relación personal *intuitu personae*, recogido especialmente en los artículos 43 y 55 del mencionado Estatuto; ha declarado la STS de 3 de octubre 1998, que el abogado está obligado a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso, incluyéndose en la competencia el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas; por último, esta Sala resalta dos afirmaciones apodícticas, a saber, que la obligación del abogado y del Procurador es de medios y no de resultado, pues notorio y sabido es que tales profesionales nunca pueden garantizar el éxito de cualquier decisión judicial, y, además, que ésta pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas (SSTS de 11 noviembre de 1997, y de 25 de junio de 1998). En el presente caso la s. recurrida en casación declara que los intereses del 20% no se solicitaron expresamente en la primera instancia, por lo cual fue correcta la decisión de su no concesión, de aquí que la privación de su montante económico al actor no se debe al *aleas* del *dictum* sino a una conducta negligente del Abogado que origina responsabilidad (STS 30 diciembre 2002; ha lugar.)

NOTA.—El cliente reclama a su Letrado por incumplimiento de sus deberes profesionales. La demanda originaria parece que se interpone antes de entrar en vigor la reforma del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980 por la Ley de 8 noviembre 1995; en el derecho actualmente vigente el mencionado recargo se impone de oficio, si bien anteriormente había dudas sobre su naturaleza, obligatoria o facultativa; el TS acude al criterio efectivamente mantenido por la Audiencia Provincial en su sentencia, de la que deduce que no se otorgó el recargo por no haberlo pedido el actor en su demanda, y de aquí se deduce la responsabilidad profesional del Letrado. (G. G. C.)

31. Responsabilidad médica contractual: extirpación de tumor dejando gasa en el interior, obligando a segunda intervención que deja secuelas irreversibles: infracción de normas esenciales del juicio: defectos esenciales de la prueba pericial.—El médico demandado practicó al actor la extirpación de un tumor con fecha 13 de noviembre de 1974, y tras un serie de molestias, fiebre y estado anormal, el mismo médico, en fecha 14 de febrero de 1975 practicó una nueva intervención y extirpó un trozo de gasa que había quedado incarcerated en la primera operación, y a continuación el enfermo presentó secuelas irreversibles que dieron lugar a la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Se trata de un caso de responsabilidad médica contractual por incumplimiento de la obligación derivada del contrato de prestación de servicios. La sentencia de instancia niega la relación de causalidad entre la conducta indudablemente culpable del médico, basándose en la prueba pericial. Pero la practicada dos veces no puede ser tenida como tal, siendo inexistente; la primera se acordó que fuera practicada por la Clínica Médico-Forense de Madrid por un especialista, y el informe escrito no fue ratificado a presencia de las partes, que no pudieron solicitar explicaciones

para el esclarecimiento de los hechos, debido todo ello a que el médico se encontraba en situación de excedencia; la segunda se acuerda que se practique por la cátedra de Neurocirugía de la Universidad Complutense, siendo emitido por un Profesor Asociado, ratificado ante SS^a y a presencia de las partes, en cuyo acto declara que ha emitido una exposición genérica y académica sobre la naturaleza del tumor, sin haber reconocido, ni siquiera hablado con el enfermo, pero a tal exposición no se le puede dar valor probatorio pues no se ha dado respecto a una persona, sino en abstracto.

Infracción del artículo 1101 CC.—La sentencia recurrida ha infringido el artículo 1101 Cc al no reconocer el incumplimiento de la obligación derivada del contrato de prestación de servicios médicos, la cual se ha producido en tres fases; la inicial intervención quirúrgica consistente en la extirpación de un meningioma (tumor) que comprimía las raíces sacras, en cuya fase se produce la omisión «de cuya culpabilidad no cabe duda», al dejar una gasa dentro de la herida, que implica un inicial incumplimiento de su obligación de prestar correctamente el servicio médico; la segunda fue la intervención provocada por la anterior omisión, siendo por sí misma innecesaria, teniendo que realizarse por la mala prestación; la tercera es el conjunto de secuelas que desembocan en la declaración de la incapacidad absoluta permanente.

Carga de la prueba.—Se reitera la doctrina de la STS de 2 de diciembre de 1996, según la cual va reafirmando que el deber de probar recae también, y de manera muy fundamental, sobre el facultativo demandado que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición goza de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que tienen más fácil acceso por su profesión.

Daño desproporcionado.—El resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto, con lo cual se reitera la doctrina de esta Sala sobre daño desproporcionado que, entre otras, expresan las SSTS de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999, lo que requiere que se produzca un evento dañoso o de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por una conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

Violación del artículo 28 de la LGDCU de 1984.—A mayor abundamiento se reitera la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley de 1984, interpretada por SSTS de 1.º de julio de 1997, de 21 de julio de 1997 y de 9 de diciembre de 1998.

Quantum del daño moral.—Se concreta en que una persona de treinta y cuatro años ha sufrido un resultado dañoso y desproporcionado que le lleva a una incapacidad absoluta y permanente, y a una serie de secuelas que tienen indiscutible incidencia en su vida personal y familiar, considerando procedente esta Sala la cifra de 120.000 euros. (STS de 29 de noviembre de 2002: ha lugar.)

NOTA.—Llama la atención que los hechos iniciales ocurren en 1974, y si en tal fecha el actor tenía treinta y cuatro años, al

hacer este extracto habrá cumplido ya la edad de sesenta y cuatro años; cabe suponer que entre 1975 y la presentación de la demanda (la Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid dicta sentencia el 2 de septiembre de 1994) transcurren los prolongados trámites médicos para declarar la incapacidad laboral absoluta y permanente del actor. La responsabilidad objetiva de la LGDCU, invocada *a mayor abundamiento*, no parece directamente aplicable por ser los hechos anteriores a su entrada en vigor. Por lo demás la sentencia es plenamente de aprobar en cuanto a la *ratio decidendi* (Pte.: O'Callaghan Muñoz) siendo de destacar que, sorprendentemente, en ambas instancias la demanda había sido rechazada (sólo en casación el perjudicado ha visto reconocido su derecho). La cuantía de la indemnización puede considerarse, más bien, moderada. Puede verse recientemente sobre el daño desproporcionado la STS de 19 de julio de 2001, con anotación mía en *ADC* 2002, p. 1.498. (G. G. C.)

32. Compatibilidad de las acciones civil y laboral. Ausencia de responsabilidad aquiliana en los casos de culpa exclusiva de la víctima.—La responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo, por lo que las infracciones de las normas laborales sirvieron indudablemente para fundamentar en su día las acciones indemnizatorias a las que dieron lugar en la jurisdicción laboral, con independencia de la existencia o no de culpa aquiliana, pero no pueden sin más servir de base para una posterior reclamación indemnizatoria invocando la culpa aquiliana, pues como bien dice la sentencia recurrida en el fundamento de derecho citado anteriormente, ésta descansa en el clásico principio de responsabilidad subjetiva, consistente en la imputación del hecho u omisión causante del daño a una actitud dolosa o negligente del agente, como así mismo ha de tener presente la repercusión en el daño que ha tenido la propia conducta del perjudicado, como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de esta Sala, que en numerosas ocasiones se ha aplicado la llamada compensación de culpas para atemperar la indemnización a la vista de la participación que la propia víctima ha tenido en la producción del resultado dañoso, hasta llegar a la exoneración de la misma, cuando sea debido éste, a culpa exclusiva de la víctima. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A. E. R. promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro contra S. B. B., *Construcciones Egin, S. L.* y *Schweiz Seguros* para que conjunta y solidariamente abonasen al actor la indemnización correspondiente, como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual nacida del accidente laboral que padeció el demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la excepción de defecto legal en el modo de proponerla. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Logroño revocó la sentencia de instancia respecto de la excepción de forma. No obstante, entrando a conocer en el fondo de la demanda, la desestimó con base en la culpa exclusiva de la víctima en la causación del daño. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Ante la compatibilidad de indemnizaciones, laborales y civiles, derivadas de accidente de trabajo, dos son las técnicas que

pueden aplicarse. Una primera consistiría en entender que ambas fórmulas de reparación funcionan como sistemas autónomos e independientes (técnica de la subsidiariedad). Por el contrario, una segunda consistiría en considerar que ambas técnicas responden a una misma finalidad y, en consecuencia, no pueden aplicarse de forma independiente (técnica de la complementariedad) (Jesús R. Mercader Uguina, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, Las Rozas, La Ley, 2001, p. 190)

El problema reside en que el TS aplica simultáneamente los dos criterios, dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción social o ante la civil. Así, la STS de 10 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10501], de la Sala de lo Social, afirma que «no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimados formando parte de un total indemnizatorio». Por el contrario, la Sala de lo Civil del TS adopta otro criterio completamente diferente, como el que se encuentra recogido en la STS de 3 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1044], cuando afirma que «el orden civil es compatible con el orden social, que nada vincula a aquél lo decidido por éste, por lo que las cantidades obtenidas por las prestaciones laborales, nada tienen que ver con las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual». Así pues, lo normal es que la jurisdicción civil se considere completamente independiente para fijar la indemnización derivada del accidente laboral con base en la regulación que de la responsabilidad extracontractual se encuentra en los artículos 1902 y 1903 CC (en este sentido pueden verse, a título de ejemplo, las SSTs de 5 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9259], 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9219], 11 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8972] y 18 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4112]). Sin embargo, la Sala Civil del TS ha llegado incluso a casar sentencias donde el juzgador de instancia había concedido una indemnización en favor del trabajador, pero deduciendo de la misma las cantidades que aquél ya había percibido en concepto de prestaciones de la Seguridad Social. Tales son los casos de las SSTs de 27 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9143], 19 de febrero de 1998 [RJ 1998, 986] y 30 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8785].

Semejante falta de armonía entre los pronunciamientos de las Salas de lo Civil y de lo Social del TS, no sólo conllevan una importante dosis de inseguridad jurídica, sino que pueden ocasionar un enriquecimiento injusto de la víctima, ya que ésta podría llegar a situarse en una posición patrimonial superior a la que tenía antes del accidente (Mariano Yzquierdo Tolsada, en Fernando Reglero Campos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 1508).

No obstante, puede verse alguna aislada sentencia de la Sala 1.^a del TS, donde parece que se ha cambiado el sentido de la doctrina

que reconoce la total independencia entre las indemnizaciones otorgadas en vía civil y en vía social. Así, la STS de 21 de julio de 2000 [RJ 2000, 5500] declara que «siendo ciertamente muy reiterada la doctrina de esta Sala que afirma la compatibilidad entre las indemnizaciones que por la muerte de un trabajador procedan en el orden laboral y en el orden civil, también es cierto que, siendo un mismo hecho el que da lugar a una y otra indemnización y siendo también un mismo daño el que se indemniza, nada impide valorar, como un factor más del importe de la indemnización a fijar en el orden civil (...) el ya acordado por el orden jurisdiccional social aplicando la normativa laboral». (A. S. C.)

33. Culpa extracontractual: muerte por inmersión en piscina pública; doctrina general.—La STS de 2 de septiembre de 1997 ha declarado que para que un accidente fatal ocurrido con ocasión de bañarse en una piscina origine responsabilidad apoyada en el artículo 1902 CC es preciso, o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente, o que no exista personal adecuado, o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura, o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina, o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico. En el presente caso se aprecia una serie de deficiencias y omisiones culposas que contribuyeron de forma decisiva al resultado positivo; en particular, la actuación *in vigilando* de los socorristas se demoró en exceso, a lo que se añade la ingente cantidad de personas usuarias de las piscinas el día de los hechos, y el escaso número de socorristas en relación con aquélla, y, asimismo, que éstos debieron haber avistado al sumergido en un lapso más breve; la inadecuada actuación del médico de las instalaciones que no facilitó los medios mecánicos de que estaban dotados; la pérdida de tiempo en la llegada de la ambulancia a causa del embotellamiento existente en los accesos, pese a lo cual el accidentado ingresó con vida en el centro hospitalario, falleciendo a las cinco horas, de todo lo cual se desprende que hubo culpa o negligencia por parte del servicio.

Concurrencia de culpas.—Fue tenida en cuenta por la Audiencia Provincial, reduciendo el *quantum* de diecisiete a doce millones de pesetas respecto de lo cual sólo cabe casación cuando se aprecie un error notorio, en más o en menos, lo que no ocurre aquí. (STS de 14 noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La víctima, de veinticuatro años de edad, de estado soltero, se desplazó el 23 de julio de 1992 a las piscinas municipales de Mendizorroza de la ciudad de V. en compañía de unos amigos para pasar la tarde, y siendo las 19 horas, con ocasión de sumergirse en una de las tres piscinas existentes, fue encontrado al cabo de un tiempo no precisado en el fondo, de donde fue sacado por un socorrista ayudado por otros usuarios; en el borde mismo de la piscina fue atendido por una usuaria enfermera que apreció la inexistencia de pulso femoral y trató de reanimarle mediante el boca a boca; trasladado posteriormente a un centro hospitalario, aunque se logró recuperar el pulso, falleció a las pocas horas; se resalta la asistencia masiva de público ese día a la piscina, pues entre las 8 y las 22 horas se contabilizaron 16.507 personas; de los dos socorristas de guardia sólo compareció uno, y que solicitado

reiteradamente el AMBU, no se facilitó por los servicios de la piscina, siendo totalmente pasiva la actuación del médico que no intervino en las tareas de reanimación.

NOTA.—Con carácter general advierte la doctrina [así Ortí Vallejo *Responsabilidad en la explotación y práctica de las actividades de riesgo*, en el vol. col. Tratado de responsabilidad civil (coord. Reglero Campos), 2002, p. 1388] que, tratándose de accidentes en piscina, en ningún caso los Tribunales aplican aquí la doctrina de la asunción de riesgo por el bañista, por tratarse de una actividad lúdica de peligrosidad no intrínseca, aunque eventualmente puedan existir riesgos. En este caso se produce una clara actuación negligente de los servicios de asistencia de la piscina del Ayuntamiento, por lo cual la sentencia condenatoria resulta plenamente justificada. Pero nada se dice para fundamentar la concurrencia de culpas; en el recurso se alega que la víctima padecía una enfermedad, pero se rechaza tal alegación por no denunciar el error en la apreciación de la prueba. La hora del evento (19 horas) no parece idónea para alegar el clásico *corte de digestión*; ¿o se considerará imprudente el hecho de lanzarse a la piscina en presencia de tal afluencia de bañistas? Más bien habría que pensar en la posible responsabilidad de la dirección de la piscina pública por no haber restringido el acceso del público más allá de cierto número de personas. Por último, la actuación del médico parece revestir apariencia de infracción penal (delito de negativa de auxilio). (G. G. C.)

34. Culpa extracontractual: lesiones por explosión de globos inflados para festejos populares por mecánico-carrocero con acetileno: negligencia: perforación de ambos tímpanos.—El demandado, por razones de amistad, se encargó de hinchar unos globos utilizando al efecto un aparato con el que podía conseguir el objetivo con mayor comodidad y rapidez que el procedimiento de soplar; hasta aquí su comportamiento es socialmente solidario y jurídicamente irrelevante. El problema surge cuando, en lugar de utilizar solamente aire a presión o un gas inocuo, hincha los globos, o una parte de ellos, utilizando oxígeno con acetileno con olvido de que este gas, en estado comprimido o licuado resulta muy peligroso, de tal modo que la mezcla con el aire puede detonar con violencia, y su estampido es susceptible de causar lesiones como la de autos. El demandado era mecánico-carrocero y titular del taller que utilizaba el aparato, por lo que obviamente no desconocía, ni podía desconocer, la trascendencia de utilizar el acetileno, el cual normalmente se usa para soldar o cortar el metal mediante el soplete oxiacetilénico. Pero igualmente se hubiera producido una actuación negligente caso de valerse de un aparato ajeno porque las más elementales normas sociales de cautela y precaución exigen no utilizar, salvo hipótesis justificadas y excepcionales, aparatos peligrosos por parte de quien no tiene la necesaria preparación o formación. Por otro lado, tampoco desconocía, ni podía desconocer, el posible desarrollo de los acontecimientos; resulta habitual en situaciones como la de autos, o similares, que los intervinientes en los festejos hagan estallar o explotar los globos mediante cualquier procedimiento, por lo que resulta estéril tratar de excusar la responsabilidad en la «necesaria intervención de tercero» que, se dice, ocasionó la explosión del globo. Obviamente no hubo intención de dañar —dolo—, ni siquiera eventual, pero nos hallamos

en el terreno de la culpa –imprudencia o negligencia– en donde no decide el egoísmo sino que opera la ligereza, en su versión de desatención, descuido y falta de la previsión necesaria para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en accidente real. Esta Sala viene reiterando la necesidad de adoptar las precauciones que la prudencia impone para evitar el resultado dañoso; la determinación de la previsibilidad hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio –cuidado razonable–, en relación con las circunstancias del momento, lo que supone tomar en cuenta las circunstancias personales, de tiempo y lugar, y el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta. (STS de 13 diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 25 de agosto de 1988, con ocasión de las fiestas de Amézqueta (Guipúzcoa), el Ayuntamiento organizó una comida popular a la que habría de seguir, unas horas después, un festejo con un concurso de disfraces. Con el fin de contribuir a esta celebración, y como complemento del concurso, unas chicas del pueblo, y entre ellas doña F. I. A., la lesionada, pidieron a J. M. que les hinchara unos globos a fin de soltarlos en la fiesta, a lo que accedió el requerido, el cual, en unión de unos amigos, se trasladó a su taller donde ejerce la profesión de mecánico-carrocero y procedió a hinchar los globos, unos con oxígeno y otros con una mezcla de oxígeno y acetileno; realizada la operación volvió al lugar de los hechos, donde entregó los globos a F. para que los hiciera llegar a las personas que colaboraban en la organización del concurso, y cuando todavía faltaban unas horas para la celebración del concurso, como consecuencia del estampido producido al estallar uno de los globos, F. sufrió perforación de ambos tímpanos y atrofia amigdalara. La demanda se interpone contra J. M. y el Ayuntamiento, en reclamación de una indemnización próxima a once millones y medio de pts. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, mientras la Audiencia Provincial, manteniendo la absolución del Ayuntamiento, reduce casi tres millones y medio pesetas la indemnización que debe abonar J. M. El TS rechaza el recurso de casación.

NOTA.—Estamos en presencia de actividades lúdicas, en las que no hay especial asunción de riesgos por los participantes. La sentencia extractada (Pte.: Corbal Fernández) realiza un minucioso y meritorio análisis de la conducta de J. M., causante de los daños, poniendo el énfasis en la responsabilidad de utilizar aparatos peligrosos por parte de quien carece de la necesaria preparación o formación. Ciertamente, la explosión del globo no se produce en el momento de hincharlo, sino algún tiempo después y en circunstancias no totalmente aclaradas; no cabe presumir que aquél desconocía su peligrosidad, y por ello su conducta negligente radica en haber utilizado el acetileno para mezclarlo, en algunos casos, con el oxígeno. Por otra parte, no hay datos en el proceso para saber el número total de globos hinchados, así como el de los que explotaron por la misma causa; por otra parte, cabe preguntarse: ¿por qué F. se mantuvo tanto tiempo al lado de los globos? El encargo de José M. de entregarlos a los responsables municipales de los festejos, no parece haberse cumplido. Una desgraciada concurrencia de concausas en el evento dañoso. La posible responsabilidad del

Ayuntamiento ha quedado fuera de discusión en el recurso, pero cabe todavía interrogarse si dicha entidad tenía alguna regulación sobre el hinchado y uso de los globos durante las fiestas, y su cumplimiento en el caso, pues la sentencia da por supuesto que el demandado conocía *quod plerumque accidit* en tales acontecimientos. (G. G. C.)

35. Culpa extracontractual: accidente en pista de baile instalada en discoteca: no es actividad de riesgo.—Las lesiones al demandante se le causaron en la madrugada del 31 de julio de 1993, cuando se encontraba bailando en la discoteca, y no se apercebó de la existencia de un *murete* de 80 centímetros de alto, que delimita la pista de baile del resto del recinto, tropezando, perdiendo el equilibrio y cayendo hacia atrás y por encima del mismo, describiendo su cuerpo en la caída una voltereta casi completa, de manera que sus piernas cayeron sobre una de las mesas bajas allí existentes, en las que existían numerosos vasos de cristal, penetrando fragmentos de los mismos en la cara anterior de la pierna derecha del actor. No es posible convertir la pista de baile de una discoteca en un punto de peligro *cuasibélico*, lo que, por otra parte, aparece desmentido por la proliferación y extensión de tales locales en nuestros pueblos y ciudades. Hay que decir que la caída del actor es ajena por completo a la actividad desarrollada en el local, donde se puede estar sentado o de pie, bailando o no, oyendo música, tomando unas copas y un largo etcétera, porque es cada cliente el que hace lo que quiere, e, incluso, dentro de una misma actividad como el baile, la realización personal marca situaciones diferentes en cuanto a eventuales peligros y no existe relación causal entre la actividad de la empresaria del local de discoteca y el resultado producido. La llamada doctrina del riesgo no es aplicable a todas las actividades de la vida sino sólo a aquéllas que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios.

Inversión de la carga de la prueba.—La sentencia de instancia con buen sentido atribuye la causa del accidente al torpe y negligente proceder de la víctima, no resultando muy lógico que por un mareo ocasionado por la música estrépitoso y la deficiente luz, que hubieran llevado a cualquier persona medianamente prudente a cesar de inmediato el baile, en cambio haya dado origen a los hechos lesivos. La inversión de la carga de la prueba se aplica restrictivamente en los casos que implican un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios. (STS de 10 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Parece razonable entender que el asistente a una discoteca que decide participar en el baile *asume* todos los riesgos inherentes a las circunstancias y al lugar, sin que la falta de luz o el exceso de ruido creen una nueva e imprevista situación de riesgo, que, por lo demás, nadie afronta obligatoriamente; cautela elemental parece el haber llevado a cabo un previo reconocimiento de la pista de baile que le hubiera permitido al actor darse cuenta de la existencia del famoso bordillo o *murete* (probablemente conocido por todos los que frecuentaban la discoteca). Sentencia de aprobar (Pte.: Martínez-Pereda Rodríguez.) G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: muerte por accidente en banquete de bodas al intentar el padre de la novia fotografiar el momento de partir el pastel: responsabilidad del dueño del restaurante: concurso de culpas.—Procede mantener la responsabilidad del dueño del restaurante por aplicación de la doctrina del riesgo, en cuanto que la posibilidad de la caída desde la mesa de los novios situada en un escenario, a un metro de altura de la Sala, la ha creado él mismo, sin acompañar las medidas adecuadas de seguridad, y este riesgo se produce en virtud de la explotación de un negocio comercial, por lo que debe soportar los riesgos que tal actuación crea; a ello debe añadirse la actuación negligente de la víctima, que origina la concurrencia de culpas. (STS de 2 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Desgraciado accidente que transformó un banquete de bodas en un hecho luctuoso por una actuación levemente negligente de la empresa del restaurante, y otra de menor entidad todavía por parte de la víctima. De *culpa levis* puede calificarse el hecho de colocar la mesa principal del banquete de bodas, en un escenario situado a un metro de altura del resto de comensales, pero sin instalar una barandilla u otra medida de separación que funcionara simultáneamente como medida de precaución; y, por otro lado, el natural deseo del padre de la novia de inmortalizar el momento explican que pensara menos en su seguridad que en la exacta captación del momento. Al mismo tiempo, en tales eventos era razonable prever un movimiento continuo de asistentes en dirección hacia la mesa de los personajes principales del banquete. La cuantía de la indemnización por muerte es muy moderada: se solicitaron dieciocho millones, el Juzgado de Primera Instancia otorgó ocho y la Audiencia Provincial redujo la indemnización a cinco. (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: muerte por electrocución en obras de sustitución del gas ciudad por gas natural: concurrencia de culpas: responsabilidad de la propia víctima, de la Comunidad de propietarios del inmueble, de la empresa a cuyas órdenes trabajaba el obrero y de la aseguradora de la Comunidad.—El resultado fatal se atribuye tanto al propio operario especializado por no cortar la corriente eléctrica en el espacio de su trabajo, como a la Comunidad de propietarios por mantener en estado de deficiencia la instalación eléctrica, y a la empresa en donde trabajaba la víctima por no haber inspeccionado el espacio cerrado, que después fue abierto haciendo una perforación en la escayola del falso techo del portal del inmueble, para que pudiera introducir medio cuerpo, al objeto de sustituir la canalización del gas, actuaciones negligentes que contribuyeron a la producción del resultado dañoso.

Negligencia de la Comunidad de propietarios.—Tal negligencia consiste en mantener la lámpara de escayola del portal sin cubrir sus bornes, al contacto de los cuales se produjo la electrocución del obrero, o mediante contacto con los tubos metálicos que manipulaba, y ello se desprende no de meros indicios sino de la prueba de los hechos recogidos en la sentencia después de una ponderada apreciación de la prueba, hechos que han de calificarse de actuación omisiva.

Responsabilidad de la empresa que realizaba las obras.—Hay que rechazar expresamente que el accidente se produjera por la exclusiva actuación imprudente de la víctima sino que también concurrió la negligencia de

la empresa responsable de las obras de sustitución del suministro de gas, pues se declara probado que dicha empresa no había inspeccionado previamente la zona en donde se produjo el accidente, desatendiendo su obligación de impedir que sus obreros trabajen en precarias condiciones de seguridad. (STS de 12 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Parece excesivo el efecto que la culpa de la víctima produce en la reducción del *quantum* de la indemnización; la reclamación se interpone por la mujer conviviente del obrero, en nombre propio y de la hija común reconocida por ambos, solicitándose diez millones en el primer concepto y veinte en el segundo; el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en su totalidad, pero la Audiencia Provincial la estima parcialmente otorgando dos millones y medio a la mujer y cinco millones a la hija; ello supone que la negligencia de la víctima (negligencia profesional), consistente en no cortar la corriente, representa el 75 por 100 del total reclamado (que representan cifras medias), mientras que el 25 por 100 restante ha de imputarse a la Comunidad que tiene *olvidados* unos bornes sueltos de una lámpara oculta, juntamente con la negligencia de la empresa que vela deficientemente por la seguridad de sus operarios. Una distribución *fifty-fifty* hubiera parecido, acaso, más equitativa. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: culpa exclusiva de la víctima.—Las lesiones sufridas por el obrero al realizar el derribo de una pared, consistentes en la incapacidad permanente, se debieron a culpa exclusiva suya; teniendo la calificación laboral de Oficial 2.º, por lo que poseía conocimientos más que suficientes para haber llevado a efecto con seguridad dicho derribo, con independencia de que se hubiera llevado a efecto manualmente, como lo pretendió la propia víctima, o mecánicamente.

Inexistencia de culpa por parte de la empresa que había encargado el trabajo a otro operario.—Si bien la empresa constructora podía tener responsabilidad directa del accidente por aplicación del artículo 1903 párrafo 4.º CC, en el presente caso está exenta de responsabilidad por haber encomendado la realización del derribo de la pared a otro empleado distinto, por lo que la víctima no obraba de acuerdo a las directrices de la empresa.

Compatibilidad e independencia de las acciones civil y laboral. Según el artículo 53 de la Ley de accidentes de trabajo son compatibles las acciones civil y laboral, y lo ha declarado la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1997, de modo que la jurisdicción ordinaria no viene vinculada por la laboral, siendo independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los artículos 1902 y 1903 Cc, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo. En el presente caso las infracciones de las normas laborales dieron lugar en su día a acciones indemnizatorias de naturaleza laboral contra la empresa, pero tales resoluciones no pueden, sin más, servir de base a las acciones basadas en el artículo 1902 CC basado en el principio de la responsabilidad subjetiva.

Falta de legitimación de la compañía aseguradora de la empresa y del Ingeniero agrónomo autor del proyecto, aunque no intervino en el derribo de la pared.—Absuelto civilmente el empresario no es posible diri-

girse contra la empresa aseguradora, ni tampoco contra el Ingeniero que hizo el proyecto (STS de 31 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto de hecho un tanto extraño; por un lado hay una responsabilidad laboral declarada por los Tribunales de esta clase por consecuencia de las lesiones sufridas por un trabajador al derribar un muro con demostrada omisión de las medidas de seguridad por parte de la empresa aquí demandada; por otro la jurisdicción civil reivindica su autonomía plena para enjuiciar los hechos *ex novo* declarando la irresponsabilidad de la mencionada empresa porque el accidente se produjo en relación con un operario que no tenía el encargo de realizar la obra, declarando que el accidente se produjo por culpa exclusiva suya (Pte.: De Asís Garrote). La demanda se había desestimado en ambas instancias. Sorprende menos la sentencia estimatoria pronunciada por la jurisdicción laboral en el presente caso, si atendemos a lo que los especialistas nos dicen sobre el modo de desarrollarse aquel juicio: «En el orden social la demanda laboral no requiere asistencia letrada, ni argumentación jurídica alguna, bastando con que se concreten los hechos sobre los que se fundamenta la acción; basta con que el trabajador exponga con moderada claridad qué es lo que reclama para que la demanda sea admitida a trámite y entre el juzgador a conocer de ella con la argumentación jurídica que él considerara oportuna» [Así Izquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil por accidentes de trabajo* en el vol. col. Tratado de responsabilidad civil (coord. por Reglero Campos), 2002, p. 1.396]. Sólo la jurisdicción civil puede apreciar *sutilezas jurídicas* como las valoradas en el caso. (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: lesiones durante el rodaje de una película por atropello; imputación al conductor del vehículo y a la productora.—El conductor del vehículo causante arrolla a unas personas al actuar en la escena de una película, causando graves lesiones a la actora, calificadas como invalidez permanente en grado de gran invalidez; no hay acción de tercero, de perjudicado o fuerza mayor que rompa el nexo causal en virtud del cual se ha dado lugar al resultado dañoso; un criterio de imputabilidad subjetiva hace que se le responsabilice del daño en base al artículo 1902 CC. Además el artículo 1903 párrafo 4.º, establece la obligación de responder por actos ajenos, concretamente de empleados en el ejercicio de sus funciones, al empresario, persona física o jurídica, basada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que tiene carácter objetivo y solidario con la obligación del propio causante.

Intereses legales.—Se imponen en la sentencia de primera instancia, y aquí se mantienen por imperativo legal; se trata de intereses ejecutorios desde la fecha de la sentencia, incrementados en dos puntos, conforme dispone el artículo 921 LEC 1881 y artículo 576 LEC 2000. (STS de 12 diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Leyendo esta sentencia de la que ha sido Ponente O'Callaghan Muñoz no resulta fácil diferenciar la realidad virtual de un reportaje de *reality show*. En efecto, sobre las cuatro horas de la madrugada del 31 de julio de 1991, encontrándose filmando unas

escenas de la película *Los gusanos no llevan bufanda*, un coche de la productora, al realizar varios zig-zag cuando iba a tomar la plataforma existente para saltar la mediana y continuar la circulación en sentido contrario, por exigencias de la filmación de la escena, recibió un impacto de otro de los vehículos que había adelantado, y al no poder enderezarlo para esquivar a los que venían en sentido contrario (todos participantes del rodaje) se precipitó contra una farola y contra un grupo de personas, todas ellas igualmente participantes en el rodaje, causando graves lesiones a la actora.

¿Accidente de circulación o accidente de trabajo? ¿Se trata sólo de filmar una escena de riesgo en la que el interviniente lo asume previamente? Me parece acertada la distinción del FD 3.º: el conductor había asumido el riesgo inherente a circular en dirección contraria, pero no lo había asumido la víctima, aunque fuera empleada de la misma productora y trabajara en distintos menesteres, siendo en el momento de ocurrir los hechos mera espectadora del rodaje.

De tratarlo como accidente de circulación hubiera sido necesario aclarar las circunstancias precisas en que tal escena se rueda; por ejemplo si había autorización administrativa para llevarla a cabo, si se adoptaron las precauciones para evitar los accidentes tratándose de la calle madrileña de Arturo Soria. Derivarlo hacia un tratamiento legal como accidente de trabajo, acaso hubiera dado origen a cuestiones de competencia así como de cuantía de las indemnizaciones. El TS lo ha enfocado asépticamente y sin entrar en complejidades, por los cauces de los artículos 1902 y 1903 CC, lo que parece acertado. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: muerte de enferma mental al tirarse por un balcón: responsabilidad del INSALUD.—Aunque no logre determinarse con exactitud qué personal, en concreto, incurrió en la conducta imprudente, y se descarta la del personal sanitario demandado, el estado de la paciente ingresada por una enfermedad psiquiátrica y dadas las anómalas reacciones que suelen acompañar a tal tipo de enfermedades, exigía una vigilancia hospitalaria añadida a la que, ya de por sí, requiere todo paciente hospitalizado, así como la adopción de todas las medidas necesarias para evitar cualquier daño que pudiera producirse a sí misma o a terceros; las que, desde luego, no se habían adoptado como lo revela el hecho de que no fuera sino, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos enjuiciados, que las ventanas de las habitaciones se reformaran para hacerlas impracticables, por lo que ha de calificarse de culposa o negligente la actuación del INSALUD, consistente en la omisión de la diligencia exigible cuyo empleo hubiera podido evitar el resultado dañoso.

Responsabilidad por los dependientes ex artículo 1903 CC: no está subordinada a la determinación e individualización de un responsable dependiente.—Se reitera la doctrina de la STS de 9 junio de 1998 al declarar que el artículo 1903 CC entraña una responsabilidad directa que no está subordinada en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria; su aplicación deviene también insoslayable cuando de los resultados de la

prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas. La liberación de la responsabilidad del empleador sólo cesa cuando pruebe que ha empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Responsabilidad de los centros sanitarios por asistencia defectuosa no susceptible de individualización.—La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado (STS de 27 de enero de 1997) que la responsabilidad del artículo 1903.4 CC, con referencia a entidades gestoras o titulares de hospitales es directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en la misma, haciéndose preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores del instituto de la responsabilidad, sin olvidar el soporte de la *aequitas*, aquí siempre conveniente, y en todo momento con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo. Asimismo la STS de 10 de diciembre de 1997 ha dicho, con referencia a un supuesto de defectuosa asistencia sanitaria, que no es susceptible de individualización, que es imputable el INSALUD como responsable en último grado de los defectos y negligencias en el funcionamiento de las actividades hospitalarias y en la actuación profesional del personal sanitario dependiente del mismo, ya sea por culpa, ya sea por insuficiencia de medios, cuando resulten daños y perjuicios en las personas asistidas en los casos que dependen del mismo (STS 11 noviembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Un caso similar en el que un enfermo mental internado causa daños a un tercero se contempla en STS de 21 de junio de 2001, con idéntica condena de la entidad sanitaria (en ADC, 2002, p. 1.498). (G.G.C.)

41. Responsabilidad de los servicios sanitarios y artículo 28 LGDCU.—La respuesta judicial es congruente, como lo sería con la estricta aplicación del artículo 1902 del CC, amén de que la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios no determina una acción distinta, sino tan sólo un criterio de imputación de responsabilidad diferente, consistente en que el consumidor y el usuario sólo deben probar el daño y que éste es consecuencia del bien o servicio de que se trate en cada caso particular, por lo que se reconoce aquí la oportunidad de su aplicación. La aplicación de la Ley general para defensa de consumidores y usuarios, no ha obstaculizado que, en el desarrollo del proceso, la recurrente adujera o propusiera el medio de prueba que tuviera por conveniente sobre la presencia de fuerza mayor. (STS de 18 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. L. L., actuando en su propio nombre y en el de su esposa, interpuso demanda contra el INSALUD y

Winterthur por los daños que sufrió su esposa en el curso de una intervención quirúrgica. A la paciente le fue detectado en el cuadrante info-externo de la mama derecha un nódulo de unos tres centímetros de diámetro. Como tratamiento se le prescribió su extirpación, biopsia intraoperatoria y en el caso de que el tumor fuera maligno se le practicara la mastectomía derecha. Determinada la malignidad del tumor se procedió a practicar la mastectomía derecha, quedando la paciente en estado vegetativo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zamora dictó sentencia, en fecha 31 de octubre de 1998, desestimando la demanda interpuesta. El señor S. L. L. recurrió ante la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Zamora que dictó sentencia, en fecha de 19 de mayo de 2000, estimando parcialmente el recurso, confirmando el pronunciamiento absolutorio para la compañía aseguradora *Winterthur* y condenando al INSALUD en aplicación del artículo 28 LGDCU. Interpuesto recurso de casación por el INSALUD el Tribunal Supremo declaró que no había lugar al recurso. (E. M. T.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

42. Necesidad de buena fe y de justo título en la usucapión.—El artículo 1940 CC establece que son requisitos necesarios para que tenga lugar la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales, la posesión de las cosas durante un determinado tiempo con buena fe y justo título. En el ámbito de los derechos reales es doctrina reiterada entender la buena fe como un estado de conocimiento, a diferencia de lo que sucede en obligaciones y contratos, donde es entendida como un estado de conducta. Además, la STS de 17 de julio de 1999 (entre otras) afirma que la existencia de buena fe es una cuestión de hecho, sin perjuicio de ser considerada también como un concepto jurídico, a efectos de su revisión casacional.

Con relación al justo título, la doctrina del TS lo define como el que baste legalmente para transmitir el dominio o derecho real correspondiente, de manera que quedan además subsanados por el transcurso del tiempo los posibles vicios o defectos que pudieran tener determinados contratos anulables, revocables o resolubles (SSTS de 22 de julio de 1997 y 17 de julio de 1999). En cuanto a su prueba y a tenor del artículo 1954 CC, el justo título debe probarse, no se presume nunca. Por otra parte, la acción para invocar la usucapión de un bien inmueble no prescribe por el transcurso de quince años; sino que al tratarse de una acción real serían necesarios treinta años *ex* artículo 1963 CC. En cualquier caso nunca sería apreciada de oficio tal excepción de prescripción (por motivos procesales). (STS de 11 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de propietarios del Edificio Belair interpone demanda contra don G. C. A. y doña B. A., suplicando que se ordene a los demandados retirar una determinada instalación y puertas que ocupan un pasillo comunitario, para así restablecer la situación anterior a tal instalación en zona común.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por la Comunidad de propietarios y condena a los demandados a una obligación de hacer, esto es, a retirar las instalaciones realizadas en el pasillo comunitario. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación confirmando íntegramente la sentencia dictada en primera instancia. (*J. D. S. C.*)

43. Tercería de dominio. Finalidad.—La tercería es un proceso que no implica un pronunciamiento independiente respecto del juicio ejecutivo (principal) sino que por el contrario es entendido como una incidencia de éste. La tercería, por tanto, consiste en que un tercero que afirma ser el titular de un bien o bienes embargados, solicita el alzamiento del embargo que se trabó sobre dichos bienes. No es su finalidad atribuir el derecho de propiedad al que interpone la tercería de dominio (SSTS de 4 de julio de 1989, 10 de octubre de 1996 y 29 de abril de 2000).

Carga de la prueba en la tercería.—Corresponde al tercerista probar la titularidad del bien embargado, mediante un título de dominio válido, siendo además necesario que la adquisición de dicho bien por aquél, se haya producido con anterioridad al embargo. La fecha de adquisición de los bienes embargados, además, ha de ser eficaz frente a terceros ya antes de haberse producido la traba. Por su parte, la anotación registral del embargo no tiene eficacia constitutiva, esto es, el momento relevante a efectos de la tercería de dominio es el embargo decretado por la autoridad judicial, con independencia de su posible inscripción en el Registro correspondiente. (STS de 10 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Derribos y Contratas, S. A.* interpone tercería de dominio contra una serie de personas físicas, solicitando que se declare una determinada participación por parte de la actora en la propiedad de la finca embargada, así como el alzamiento del embargo trabado sobre ésta. El Juzgado de Primera Instancia declara la propiedad de la actora respecto de un porcentaje de la finca, levantando asimismo el embargo decretado con anterioridad. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación revocando así la sentencia de instancia. La actora recurre en casación ante el TS, que declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Es necesario tener en cuenta que esta sentencia se resuelve al amparo de lo que la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 establecía para la tercería de dominio, sin perjuicio de la aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial a la actual regulación de la misma. (*J. D. S. C.*)

44. Contrato de «colaboración a la pieza»: indemnización por publicar en un diario fotografías sin autorización del autor después de haber concluido el contrato con la empresa editora.—El motivo ha de ser estimado en cuanto que a tenor de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior el contrato que ligaba a las partes ahora litigantes desde el mes de marzo de 1991 a 16 de septiembre es un contrato de colaboración conocido en el argot periodístico de «a la pieza» en el que, de las fotografías ofertadas,

únicamente se incorporan al periódico las aceptadas y publicadas previo el pago del precio convenido, las demás aunque estén en conserva en los archivos no forman parte de la obra colectiva, en cuanto no han sido utilizadas por la empresa editora y por consiguiente no han sido pagadas, y si después de concluido el contrato, se publican sin autorización del fotógrafo se lesionan por aquélla los derechos económicos del ahora recurrente, perjuicio que no puede ser justificado por lo dispuesto en el párrafo último del artículo 8 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, en cuanto que esas fotografías, las publicadas después del 16 de septiembre de 1991, por no haber sido hechas durante la vigencia del contrato ni satisfecho su precio por lo que su publicación se ha hecho contra los derechos del actor, derechos que le otorga el artículo 118 de la referida ley.

Los derechos del autor de «fotografías» –no «obras fotográficas»– son meramente patrimoniales.—En cambio en este último motivo, que estimamos en parte, entendemos que no hay violación de los números 3.º y 4.º del artículo 14 de la Ley 22/1987, por inaplicación de los mismos en la sentencia recurrida, ya que se refieren a derechos de los conocidos como morales, que se reconocen al autor de una «obra fotográfica» pero no a los de meras fotografías que exclusivamente se refieren a derechos de orden patrimonial, según se deduce de la literalidad del texto del artículo tantas veces citado, el 118 de la referida ley (en la actualmente vigente el 128), no constando la existencia de pacto expreso entre las partes de que la publicación había de efectuarse con el nombre del fotógrafo, precepto que establece que quien realice una fotografía «goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública», derechos éstos todos de carácter exclusivamente patrimonial, de los que disfrutaban los fotógrafos en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. (STS de 31 de diciembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El actor, autor material de una serie de fotografías, recurre la sentencia de la Audiencia que revocando la del Juzgado desestima la demanda promovida por éste contra *Prensa Española, S. A.* El demandante, fotógrafo profesional, había mantenido con la empresa editora un contrato de colaboración «a la pieza», modalidad consistente en que el fotógrafo realizaba fotografías de los acontecimientos que el periódico le indicaba con posibilidad además de ofrecerle fotos no encomendadas. El periódico podía aceptar unas y/u otras pagando por cada una de las aceptadas y publicadas la cantidad de 1.500 pesetas. Argumenta el fotógrafo que, con posterioridad a la finalización de su contrato, el periódico siguió publicando sus fotografías: unas con indicación de su nombre y otras sin esta mención, habiendo sido algunas de ellas objeto de manipulación. En su demanda reclamó lo que se le adeudaba por la indebida publicación de las fotografías, el cese de esa actividad ilícita más dieciséis millones de pesetas en concepto de daños morales. El Tribunal Supremo estima en parte su recurso de casación. (R. G. S.)

45. Legitimación *ad causam* activa de las entidades de gestión.— Además el motivo, en todo caso, habría que desestimarlos por tres razones: a) porque la legitimación de EGEDA aparece claramente reconocida en el

documento de 27 de abril de 1988 –incorporado al rollo de casación–, cuyo contenido, si bien no es procesalmente operativo en las perspectivas del desistimiento del recurso y de la transacción «judicial» (que requeriría aprobación por el tribunal), sin embargo, al haberse admitido por ambas partes, tiene el valor de acto propio procesal; *b*) porque cuestiones similares a la controvertida ya han sido resueltas con resultado uniforme por las sentencias de esta Sala de 29 de octubre de 1999 (recursos 969/97 y 262/98), 18 de octubre de 2001 (Sentencia núm. 954, recurso núm. 1622/96); 18 de diciembre de 2001 (sentencia núm. 1208, recurso 2436/96); y 15 de octubre 2002 (sentencia 928, recurso 697/97); y, *c*) en sintonía con el criterio mantenido en la doctrina científica que aprecia la existencia de una legitimación propia que se fundamenta en la finalidad que justifica la existencia de la entidad de gestión actora –en armonía con sus estatutos y reconocimiento administrativo– y la pretensión ejercitada referente a un derecho (vinculado a la retransmisión o comunicación pública por cable –art. 20.4 LPI–) cuya peculiar configuración sustantiva, explica la gestión y ejercicio colectivo. La afirmación de tales aspectos, y la adecuación o coherencia con lo pretendido, son suficientes para fundamentar la legitimación *ad causam*, sin necesidad de aducir autorizaciones individuales, ni de analizar otros aspectos que pertenecen a la cuestión de fondo.

Retransmisión por cable de emisiones o transmisiones de otras entidades de radiodifusión. Derechos de los productores de la obra o grabación audiovisual. Necesidad de la autorización correspondiente.–El problema jurídico suscitado es complejo y de no sencilla respuesta como se deduce de las alegaciones de las partes, e incluso se reconoce por las mismas. Sin embargo teniendo en cuenta sus respectivos argumentos, y singularmente los de la resolución recurrida, se estima que la solución adoptada por ésta es la más conforme al ordenamiento jurídico de la propiedad intelectual. De la aplicación conjunta de los artículos 17; 20.2.c), *d*), *e*) y *f*); 36; 87; 88; 115; 122.1 y 131 del Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual 1/1996, de 12 de abril, cabe deducir que la retransmisión por cable de una determinada entidad de programas emitidos o transmitidos por un ente distinto precisa, además de autorización del ente titular de la emisión o transmisión, la del productor de la obra o grabación audiovisual o fonográfica, por cuanto que la emisión o transmisión son actos de comunicación pública independientes de la retransmisión por cable y la autorización para la emisión del programa no comprende implícitamente la de la retransmisión; y sin que quepa compartir la tesis de la recurrente que pretende circunscribir la explotación al programa sin contemplar la obra o grabación integrada en el mismo de forma que es aquel el que se retransmite, y por consiguiente el único precisado de autorización que correspondería al ente titular. Se ratifica por lo tanto la independencia de los derechos de explotación (en la línea de la S de 19 de julio de 1993); y sin que obste lo dispuesto en el artículo 126 LPI (artículo 116 TR) respecto de los derechos exclusivos de las entidades de radiodifusión, por lo razonado respecto de dicho precepto, en relación con el artículo 20.4.e) TR, por lo que la sentencia recurrida en la parte final del fundamento tercero, cuyo ámbito reduce, en lo que aquí interesa, a la autorización de la retransmisión de sus emisiones o transmisiones, lo cual relaciona (dicha sentencia) con el artículo 121 LPI (131 TR) con arreglo al que los derechos reconocidos en este Libro II se entenderán sin perjuicio de los que correspondan a los autores. (STS de 2 diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)* formula demanda contra *Telebadajoz, S. L.* en la que solicita la suspensión de las actividades de retransmisión de emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión más la indemnización correspondiente. El acto de explotación ilícito que se reprocha a la demandada es la retransmisión —no la transmisión o emisión primaria— por cable de emisiones de radiodifusión televisión a través de una red de comunicación sin la autorización correspondiente. *Telebadajoz* contesta a la demanda aduciendo la falta de legitimación *ad causam* de la entidad y la innecesariedad de la autorización del productor. El Juzgado estima la pretensión planteada y la Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. Interpone recurso de casación *Telebadajoz*, declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

46. Transmisión de la propiedad.—En el sistema de nuestro Código Civil la propiedad se adquiere y transmite, además de por ley, por donación y por sucesión testada e intestada, por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Al margen de la tradición instrumental, la cosa vendida se entiende entregada cuando se pone en poder y disposición del comprador, que no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada. La intención de entregar el piso libre de cargas, manifestada por dicha demandada, no se vio correspondida por una correlativa voluntad de recibirlo de la hoy recurrente, quien por tanto no entró en posesión de la finca porque no quiso y, en consecuencia, no adquirió su propiedad porque, pura y simplemente no tenía voluntad de ello.

Tercero hipotecario.—La simple referencia en la escritura pública de 7 de julio de 1989 de la obligación de entregar el piso libre de cargas, en ningún modo la dotaba de naturaleza real, en contra del acreedor hipotecario. Por lo que cuando la compradora hipotecó el piso sí tenía la libre disposición del mismo, sin perjuicio de las obligaciones personales frente a la hoy recurrente derivadas del contrato de compraventa. El artículo 29 LH, por su parte, es terminante al establecer que la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada o especial. Y no ha sido menos terminante la jurisprudencia de esta Sala al declarar que la simple mención de cualquier carga o gravamen, si no se halla inscrita o anotada en el Registro, no puede perjudicar al tercer adquirente (S de 20 de mayo de 1964). El artículo 34 de la LH protege al subadquirente frente a la anulación o resolución del derecho de su transmitente por causas que no consten en el Registro, de suerte que contempla una hipótesis de ineficacia no del propio título de adquisición del subadquirente o tercero, sino de aquel por el que adquirió su transmitente. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Maisi, S. A.* vendió a *Casfin, S. A.* una finca de su propiedad por un precio de 95.000.000 de pesetas. De este precio, diez millones de pesetas fueron pagados al contado, 55 millones de pesetas se pagaron más tarde mediante una letra de cambio y el resto debía pagarse con la entrega por *Casfin, S. A.* de un piso, libre de cargas y gravámenes, de la edificación que iba a construir en la finca que había comprado a *Maisi, S. A.* A la finalización de la obra *Casfin, S. A.* dividió horizontalmente el edificio en un local y seis

viviendas sin mención de la obligación de no gravar el tercer piso. En fecha 8 de octubre de 1991 *Casfin, S. A.* remitió por conducto notarial dos cartas a *Maisi S.A.* en las que se le comunicaba que tal y como habían pactado ponía el tercer piso a su disposición. La vendedora no aceptó la puesta a disposición del piso ni entró en posesión del mismo. El 29 de abril de 1993 *Casfin, S. A.* hipotecó el piso citado en garantía de un crédito. En 1994 el Banco promovió la demanda de ejecución del piso ante el impago de *Casfin, S. A.* *Maisi, S. A.* interpuso demanda contra *Casfin, S. A.* y contra el Banco solicitando que se declarase la nulidad de la escritura de hipoteca a favor de la entidad financiera por haberse celebrado el contrato en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda razonando que la actora no había llegado a adquirir la propiedad del piso porque cuando fue puesto a su disposición, antes de hipotecarlo, no quiso entrar en la posesión del mismo, y que la obligación de no gravar el piso contraída en su día por *Casfin, S. A.* no podía afectar al Banco pues aquélla carecía de naturaleza real y no figuraba inscrita en el Registro. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

47. Rescindibilidad de hipoteca por fraude de acreedores.—Frente a la alegación de que «no ha existido jamás una transmisión a favor de (la recurrente) que pueda crear algún perjuicio de los intereses de *Sanigrif, S. L.*» porque la hipoteca «no implica ni transmisión ni cambio de titularidad, ya que los bienes siguen en poder y bajo el dominio de su propietario», bastará advertir que la constitución de la hipoteca obviamente disminuye las posibilidades de satisfacción de los créditos de otros acreedores, por lo que permite el ejercicio de la acción pauliana que tiende a impedir la eficacia de actos que buscan la desigualdad entre los acreedores (SS de 14 de enero de 1935 y 28 de marzo de 1988).

Aplicación del artículo 37 LH.—En el sexto motivo se cita como infringido el artículo 37 de la LH por cuanto las hipotecas de que se trata «se encontraban inscritas en el Registro de la Propiedad y por tanto gozan de la especial protección que dicha institución concede a los derechos registrados tabularmente, lo que ha sido desconocido por ambas instancias». La regla general establecida en el artículo 37 LH conforme a la cual las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley, tiene, entre otras, como excepción «las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude acreedores, las cuales perjudican a tercero ... cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude». Niega la recurrente que conociera a la acreedora *Sanigrif, S. L.*, así como la existencia de la deuda y que las hipotecas causaren un perjuicio a dicha demandante. Ahora bien, ya la sentencia del Juzgado puso de manifiesto que la constitución de las hipotecas para garantizar créditos de la recurrente frente a *Obras Muchavista, S. L.* perjudicaba los intereses de la actora y refiere las relaciones entre la deudora, *Viviendas Sociales Promociones Monte Romero, S. L.*, y *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas*, pero es en la sentencia de apelación donde consta explícitamente que los bienes transmitidos con anterioridad por dicha deudora a *Obras Muchavista, S. L.* se hipotecaron «en

combinación» con dicha recurrente, sin que ésta «haya acreditado el desembolso generador del crédito», lo que evidencia el fraude a los derechos de *Sanigrif, S. L.* cuyo crédito ve disminuidas muy apreciablemente las posibilidades de cobro; lo expuesto ya significa que se está declarando probado el fraude con conocimiento de la recurrente y es que de ello es revelador todo lo acontecido a partir de la transmisión de bienes de *Viviendas Sociales Promociones Monte Romero, S. L.* a *Obras Muchavista, S. L.*, que culmina con la constitución de las hipotecas en favor de *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas* en el momento y circunstancias como se produjo.

Carácter excepcional de la acción rescisoria.—El último motivo del recurso invoca infracción «del principio de excepcionalidad que se deriva del artículo 1291.3 CC». No ofrece duda el carácter subsidiario de la acción rescisoria según se desprende del precepto citado y también del artículo 1294, pero es igualmente cierto que, como bien dice la sentencia del Juzgado, «el carácter subsidiario de la acción revocatoria resulta patente en este caso, ya que todos los bienes embargados en los reiterados procedimientos ejecutivos han sido transmitidos, por parte de una sociedad en paradero desconocido por lo que las expectativas de cobro resultan ilusorias», sin que exista dato alguno en autos que permita suponer que ello no sea así, y, en definitiva, la determinación de la insolvencia es cuestión de hecho y, como tal, apreciable en la instancia (SS de 14 de diciembre de 1993 y 28 de junio de 1994).

Improcedencia de la rescisión parcial.—Y en cuanto a la alegación de que «nos encontramos con que las sentencias impugnadas están concediendo la revocación de tres hipotecas, cuya garantía es de más de cien millones para cubrir una supuesta insolvencia que no supera los diez millones de pesetas», se tiene que, según ha declarado esta Sala (S de 30 de enero de 1986), no cabe hablar de rescisión parcial, porque como un todo los contratos objeto de rescisión tuvieron una finalidad unívoca que impide una ineficacia parcial, lo que lleva al perecimiento del motivo. (STS de 10 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 2 de septiembre de 1993, *Viviendas Sociales Promociones Monte Romero, S. L.* vendió unas fincas a doña J. Pocos días después, el día 7 del mismo mes, aquella empresa vendió otras fincas a *Obras Muchavista, S. L.* que, a su vez, hipotecó la mayoría de ellas en garantía del pago de distintas deudas que la misma había contraído frente a *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas*. La empresa *Sanigrif, S. L.* interpuso demanda en la que solicitó la «nulidad» —en realidad, rescisión por fraude de acreedores— de las distintas compraventas e hipotecas mencionadas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante dictó sentencia el 25 de marzo de 1995, en la que estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas*, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, dictó sentencia el 27 de febrero de 1997, en la que desestimó el recurso. Esa misma empresa recurrió en casación. El TS desestima el recurso. (J. M. B. S.)

48. Los artículos 131 y 132 LH no vulneran el derecho a la defensa.—Aquí, añade la sentencia *a quo*, que es preciso demostrar, o bien la falta

absoluta de las normas de procedimiento o la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa productores de indefensión «sin que naturalmente pueda suponer infracción de los meritados principios, la consustancial naturaleza del procedimiento judicial sumario regulado por la Ley hipotecaria, pues caracterizado como procedimiento de apremio... etc., etc...».

Por otra parte, como han señalado las SSTC41/1981, 641/1985, 8/1991, 217/1993, 21/1995, 69/1995 y 223/1997, entre otras, la regulación legal de los artículos 131 y 132 LH no vulnera el derecho a la defensa, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE.

Pagos parciales en el curso de un procedimiento del artículo 131 LH.—Resulta obligado añadir a los razonamientos que se tienen aquí por reproducidos, el dato de que las entidades de crédito, acreedoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria, admitan pagos parciales a cuenta después de la presentación de la demanda, no encuentra ningún obstáculo legal, ninguna prohibición *ex lege*, pero es que además, y ello es de destacar, se realiza en beneficio del propio deudor, al permitirle solventar su deuda de forma escalonada y procurar con ello evitar la subasta y consiguiente realización de sus bienes embargados.

Tal práctica no vulnera ningún precepto legal y menos aún el artículo 129 LH en la redacción anterior a la reforma operada por la DF 9.^a, 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que expresa que «la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de esta ley sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio de las partes». Pero en el tema de los pagos parciales y previos a la subasta no presenta el alcance que se pretende darle en el motivo y no puede sostenerse por ello que se haya alterado el trámite procedimental. Pese a lo consignado en el motivo, las partes, de mutuo acuerdo, pueden poner fin al procedimiento instado e igualmente acordar su suspensión. Pretender que una vez iniciado un procedimiento de ejecución de esta clase no puede concluir sino por el pago o la subasta no resiste una leve crítica. Ya desde la perspectiva de los pagos realizados por la deudora, o bien se han deducido de la demanda de ejecución hipotecaria o se han manifestado al propio Juzgado como pagos recibidos. Ello, con independencia de que la parte recurrente no ha practicado prueba alguna tendente a demostrar que los pagos «post» demanda no sean debidos y a cuenta de la cantidad adeudada y reclamada en el procedimiento. Resulta por ello ajeno al iter procedimental del artículo 131 LH la cuestión planteada en el motivo, porque todo pago se produce por una causa, en este caso, *animo solvendi*, para extinguir total o parcialmente una deuda vigente, que no se extingue por la iniciación del procedimiento del artículo 131 LH y no surge del derecho de devolución, sino a determinar que tal pago ha de producir un efecto dentro del procedimiento de tal ejecución hipotecaria. (STS de 30 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación que se resuelve dimana de una demanda promovida por los recurrentes contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* sobre declaración de nulidad de lo actuado en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH que se tramitaba ante el mismo Juzgado. La sentencia de instancia declaró la nulidad de las actuaciones. La Audiencia estimó

el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación promovido por los actores. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

49. Filiación matrimonial: impugnación por el marido de la madre: resultado de las pruebas biológicas.—La exclusión de la paternidad biológica del actor respecto de los menores, N. (nacido el 13 de mayo de 1983) y P. (nacida el 5 de julio de 1985), que le había sido atribuida por la presunción *pater is est*, resulta de las investigaciones, valoraciones y conclusiones realizados por el Departamento de Fisiología y Farmacología, División de Medicina Legal, de la Universidad de Cantabria, cuyas conclusiones dan dicho resultado por los sistemas RH, MNSS, DUFFY y HLA, referente al primero y RH, DUFFY y HLA, respecto a la segunda.

Caducidad de la acción: *Dies a quo*.—No lo constituye la fecha del convenio regulador aceptado por el marido en el que éste otorga determinados derechos a quienes según el Registro Civil eran sus hijos ya que ignoraba entonces su carácter no matrimonial; circunstancia de la que tuvo conocimiento después de dictarse la sentencia de separación consensual, fijándose la fecha de tal hecho en el mes de marzo de 1994, por lo cual no había caducado la acción de impugnación al presentar la demanda de impugnación el 18 de noviembre del mismo año.

Criterios interpretativos de la reforma de filiación de la Ley de 13 de mayo de 1981.—Se reitera la doctrina establecida por las SSTS de 30 de enero de 1993 y 23 de marzo de 2001, que rechaza una interpretación estricta del artículo 136 CCen aras de que, en materia de estado civil, ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, informando la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor; la protección integral de los hijos clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad; la tan deseada pacificación familiar en modo alguno puede ser conseguida desde el formalismo, sustentado sobre una situación fraudulenta, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en sus consecuencias. (STS de 3 de diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho parte de un proceso de separación matrimonial por mutuo acuerdo, en cuyo convenio regulador el padre y marido hace determinadas concesiones a favor de su esposa y dos hijos, cuya fecha no consta pero ha de ser anterior a 27 de enero de 1994, fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; el marido alega haber descubierto posteriormente que los dos hijos inscritos como matrimoniales en el Registro Civil, no son suyos, e interpone acción de impugnación que presenta el 18 de noviembre de 1994. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 16 noviembre de 1995 declara caducada la acción, y la Audiencia Provincial en sentencia de 18 de marzo de 1997 rechaza la apelación. El TS estima el recurso de casación con base en los argu-

mentos extractados. El precepto básico es el artículo 136 CC, cuyo primer párrafo después de establecer que la acción de impugnación está sujeta al plazo de caducidad de un año, añade *in fine* que *el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento*. La fórmula no parece muy acertada y comprensiva de los supuestos que pueden darse en la realidad. Parece referirse al supuesto del marido que ha emprendido un largo viaje, durante el cual lógicamente no ha mantenido relaciones sexuales con su esposa, y al regresar se encuentra con que aquélla ha dado a luz un hijo cuya paternidad se le atribuye. Es el marido *sorprendido* tantas veces descrito por los novelistas baratos. En este caso parece que estamos en presencia de un marido *crédulo y bondadoso* que, sin embargo, ha empezado a tener problemas de convivencia con su esposa, y de conformidad con ella solicita la separación convencional; en el convenio cede la propiedad de la mitad del domicilio conyugal a quienes aparecen como hijos suyos (a la sazón de once y nueve años de edad), y se compromete a pagar una pensión —más bien modesta— para contribuir a las cargas familiares. A la vista de estos hechos no parece razonable deducir que abrigase dudas de su paternidad, ni siquiera que sospechara la infidelidad de su mujer. La sentencia declara (2.º FD) que el marido se enteró dos meses después de pronunciarse la s. de separación del carácter extramatrimonial de sus hijos. Establecido así el *dies a quo*, la acción del marido se había ejercitado dentro de plazo. Pero adviértase que el intérprete corrige el artículo 136 párrafo 1.º CC haciéndole decir *el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento extramatrimonial*.

Adviértase que el principio interpretativo de hacer prevalecer la verdad biológica no carece de excepciones, dentro y fuera del texto codicial. Siempre que, en lo que queda en vigor del Título V, libro I, CC, se establecen causas de caducidad de las acciones de filiación, se producen derogaciones, más o menos amplias, del principio de veracidad biológica, y en el proceloso campo de la procreación asistida rige más bien el principio opuesto de la *ficción legal* de paternidad y maternidad, que el TC ha revalidado. (G. G. C.)

50. Acciones de impugnación de la filiación matrimonial y de reclamación de la extramatrimonial: contradicción de intereses entre la madre que desea mantener el secreto y el hijo que tiene derecho a conocer a su progenitor: la representación legal de los hijos por sus padres.—La madre tuvo un hijo de soltera al que reconoció, y luego contrajo matrimonio con un hombre que también reconoció previamente al hijo como suyo, dándose origen así a la matrimonialización del hijo respecto de ambos cónyuges; ulteriormente se ejercita por un tercero la acción de impugnación de dicha filiación y de reclamación de su paternidad extramatrimonial, oponiéndose la madre. El artículo 163 CC constituye el desarrollo del artículo 162 CC, y así la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Aunque inicialmente la acción se dirigió contra el marido de la madre, posteriormente se desistió de ella; en la sentencia impugnada la oposición de la madre demandada tiene en cuenta que su negativa a

la práctica de la prueba biológica tendría su justificación en el secreto con que la madre quiere mantener la paternidad del menor respecto de la persona generante del mismo, que ella manifiesta ser distinto del propio actor. En este caso son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil. El conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección, la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contradictorio con el interés subjetivo o personal de aquéllos.

Nombramiento de un defensor judicial de oficio.—Conforme al artículo 299 CC, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, no lo hace; se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente debe probar que así lo hace (STS de 10 de marzo de 1994). A tenor del artículo 300 CC el nombramiento ha de hacerse de oficio cuando el Juez conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario. En consecuencia, la Sala, de oficio a tenor del artículo 1715.2 LEC derogada, ha de decretar la nulidad de las actuaciones para permitir la intervención en el proceso del defensor judicial que nombre el Tribunal de instancia, el cual podrá instar la práctica de las pruebas que estime pertinentes, manteniendo la conservación de los actos procesales, dándose por válidas todas las actuaciones anteriores, pudiendo interesar tener por reproducidas las pruebas ya practicadas. (STS de 7 de noviembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Llama la atención que ambas sentencias de instancia habían desestimado las acciones cumulativamente ejercitadas por quien pretende ser padre de un hijo extramatrimonial ya reconocido por la madre. Formalmente no hay nada que oponer a la sentencia extractada (Pte.: Auger Liñán), pues resulta palmaria la contradicción de intereses entre la madre (dispuesta a todo trance a mantener el secreto de la paternidad de su hijo) y el derecho de este último a conocer la verdad biológica. Pero lo importante es conocer el trasfondo que los escuetos fundamentos de derecho no desvelan: ¿se trata de una madre soltera que ha rehecho su vida y ha dado un padre legal a su hijo, viviendo pacíficamente y sin ajenas interferencias? ¿o se trata más bien de un caso-típico de madre que ha ido huyendo del padre de su hijo, ocultándole el nacimiento de la criatura, hasta que ha sido descubierta —digamos— por el oficio de investigadores privados? En no pocos países de nuestro entorno el padre extramatrimonial tiene dificultado el acceso a la paternidad cuando no hay, por su parte, posesión de estado. Y ello parece razonable para mantener la paz de un hogar en el que ambos progenitores han construido una paternidad social a medias sobre la biológica. Tal parece ser el régimen diseñado en el artículo 140 CC que una reiterada jurisprudencia —*contra legem?*— ha dejado sin efecto.

Sorprende que la sentencia no mencione el derecho del menor a ser oído, regulado por el artículo 9.º de la Ley de 1996, concebido

con mayor amplitud que la intervención del defensor judicial, pues prevé la intervención personal del menor cuando tenga suficiente juicio. Dada la devolución de los autos a la Audiencia Provincial es previsible que tardará algunos años más antes de que eventualmente resuelva definitivamente el TS, es decir, cuando el menor haya alcanzado la adolescencia, o, acaso, la mayoría. Por cierto que la intervención del defensor judicial debiera preverse, no sólo en relación con las pruebas que él proponga, sino también en relación con las demás pruebas ya practicadas, pues acaso tuviera algo que decir en cuanto a su resultado. (G. G. C.)

51. Filiación no matrimonial: defectos procesales causantes de indefensión al demandado en trámite de apelación.—En el trámite del recurso de apelación se cometieron infracciones procesales que privaron al demandado el poder comparecer en la vista del recurso con Letrado, lo que le ha causado indefensión manifiesta; en efecto, se ha infringido su derecho a la defensa, ya que, no obstante estar personado en el recurso, ni se le ha dado el trámite de instrucción ni se le ha convocado a la celebración de la vista, la que se ha celebrado sin asistencia de su Letrado. La causa se debió a un error del órgano jurisdiccional, ya que el escrito de la parte ahora recurrente, presentado en la Audiencia Provincial, fue turnado a otra sección, por no contener la fecha de la sentencia recurrida. Es conocida la doctrina del TC en el sentido de que no se vulnera el artículo 24 CE cuando la indefensión alegada se debe, en realidad, a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o de los profesionales que los representan o defienden; sin embargo, en el caso de autos la indefensión se ha producido por la falta de comunicación del Tribunal con la parte personada, por el conducto del Procurador, en atención a que había comparecido en el recurso de apelación representado por el profesional correspondiente, por lo que tenía la legítima expectativa de ser notificado por el Procurador que le representa, y no en estrados, de cualquier actuación posterior a su personación; en el presente caso, la actuación irregular del órgano privó al apelado de la posibilidad de defender sus intereses en la segunda instancia, de la resolución recurrida, que habiendo sido favorable en primera instancia, fue revocada en apelación sin haber tenido posibilidad la parte recurrida de defenderla en el acto de la vista. Aunque haya podido concurrir una cierta negligencia de los profesionales intervinientes, la causa eficiente del resultado de la indefensión ha sido la actuación del órgano judicial, que ha mantenido el escrito con la diligencia de presentación estampada en el mismo, sin haber proveído sobre lo petitionado en el mismo. (STS de 18 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La acción de reconocimiento de filiación no matrimonial se ejercita por la madre respecto de un menor nacido el 2 de mayo de 1988, inscrito como hijo reconocido suyo en el Registro Civil, frente al que considera ser el padre de aquél, solicitando, además, una pensión de 75.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos. En 1992, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial en sentencia de 1995, revocando aquella, declara que el menor es hijo no matrimonial del demandado; según parece, éste se había negado a la práctica de la prueba biológica, si bien su recurso de casación se basa en defectos

procesales causantes de indefensión, motivo acogido por la sentencia extractada. Es correcta la decisión de retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo el defecto denunciado, pero cabe preguntarse si el probable recurso de casación que se interponga en el futuro será resuelto por el TS antes del año 2006, en que el menor alcanza la mayoría. No puede satisfacer la lentitud de este caso y la similar que también se denuncia en el caso resuelto por STS de 7 de noviembre de 2002, en este mismo *ADC*. (G. G. C.)

52. Sociedad de gananciales: derecho transitorio: compra con precio aplazado realizada antes de la reforma de 1981: piso pagado en parte con bienes privativos y en parte con bienes gananciales.—Se estima el recurso porque la Audiencia Provincial ha aplicado indebidamente el criterio de esta Sala manifestado en su sentencia de 31 de octubre de 1989, que considera ganancial el bien adquirido en vísperas de contraer matrimonio, corriendo el precio aplazado a cargo de la sociedad de gananciales, pues no se aprecia una razón de identidad entre los dos supuestos fácticos. Es cierto que en el caso litigioso la fecha de adquisición (octubre de 1971) es casi concomitante con la del matrimonio (diciembre de 1971); pero antes del matrimonio, es decir, antes de que existiese la sociedad de gananciales, vencieron dos letras, y después de la extinción de la misma dos años después, por separación de hecho de la actora, se siguieron pagando mensualmente por el demandado letras hasta el cumplimiento de la obligación por el precio aplazado.

Carácter de bien privativo.—Conforme a la normativa anterior a la reforma de 1981, el piso se adquirió en octubre de 1971, con anterioridad al matrimonio, celebrado en diciembre siguiente; nada tiene que ver que el pago de varias letras en que se documentó el precio aplazado se hiciera una vez vigente la sociedad de gananciales y con sus fondos, lo que determinará un crédito por su importe total contra el titular, pero en modo alguno condiciona la adquisición de la propiedad que se rige por el artículo 609 CC que exige para ello no sólo el contrato, sino su entrega o *traditio*; la misma existió pues el piso fue hogar común desde el inicio del matrimonio hasta la separación de hecho; nada se ha argumentado en contrario; según la Audiencia Provincial la adquisición del piso se ha de presumir que se hizo por razón de matrimonio, pero ello nada obsta a que la sociedad de gananciales no comenzase hasta la celebración del matrimonio; por tanto, nada pudo adquirir la sociedad de gananciales con anterioridad a su constitución, ni mucho menos es admisible que los plazos que hasta entonces corrieron se satisficiesen con cargo a los fondos de la sociedad. Nada se ha probado sobre una presunta donación de dinero del padre de la actora a la misma para que se pagasen las letras, ni que aquel lo hiciese directamente, de ahí que haya de considerarse que fue el aceptante de las cambiales quien las pagó.

Matrimonio disuelto por divorcio: previa separación de hecho consentida durante varios años: extinción del régimen de gananciales.—El demandado, ex esposo de la actora, solicita en reconvencción que se declare el carácter privativo del piso, lo que procede según las anteriores consideraciones, sin perjuicio del derecho de la sociedad de gananciales al reintegro de las cuotas mensuales abonadas durante el período de convivencia efectiva, que fue aproximadamente de dos años. Es reiterada la doctrina de esta Sala de que la separación de hecho consentida quiebra la base de la sociedad de gananciales,

por lo que, desde que se produce, dejan de existir bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad; por tanto, demostrado en autos que las letras mensuales por precio aplazado del piso se hicieran efectivas durante el matrimonio en situación de convivencia, en el haber de la sociedad de gananciales ha de incluirse el importe de tales letras como crédito de la misma contra el demandado-reconviniente. (STS de 4 de diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho de la STS de 31 de octubre de 1989 (Consejo General del Poder Judicial. Jurisprudencia del TS, cuarto trimestre 1989, núm. 785, pp. 454 ss.) parece coincidir con el de la aquí extractada, aunque, más bien, lo que parece claro es la clara voluntad de esta última sentencia (Pte. Gullón Ballesteros) de separarse de aquella interpretación jurisprudencial. En aquel caso, el marido, en estado de soltero, adquiere el piso el 28 de julio de 1975, constituyendo hipoteca sobre el mismo, contrayendo matrimonio el 20 de diciembre de 1975, abonándose las amortizaciones de los créditos hipotecarios con bienes gananciales; parece que la convivencia matrimonial ha durado por más tiempo que en el presente, dictándose en septiembre de 1985 la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. No se explican, sin embargo, las razones por las que se aplicó al caso la normativa de la reforma de 1981 (art. 1354, párr. 2.º).

Es sabido que lo dispuesto en el artículo 1357 CC párr. 2.º constituye una rigurosa novedad de la reforma, respecto de la cual la doctrina no se muestra unánime (así, Pretel Serrano, *Com. Min. Justicia*, II, pp. 674 s.), por lo cual no hay razones de peso para aplicarlo retroactivamente. Es de agradecer el esfuerzo clarificador de la sentencia extractada. (G. G. C.)

53. Parejas de hecho. Inaplicación del régimen económico-matrimonial.—Las uniones extramatrimoniales constituyen una realidad no asimilable al matrimonio. No se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil.

Mecanismos de reparación.—A la parte más débil se le ha reparado generalmente acudiendo a distintas reglas: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual o enriquecimiento injusto, o concediendo una pensión compensatoria o apreciando la existencia de una comunidad de bienes.

Inexistencia de comunidad de bienes.—En el presente caso, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales, pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales, o, más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial. Decía la STS de 21 de octubre de 1992 que: «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial, por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivien-

tes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia*, los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho».

Principios generales del Derecho. Enriquecimiento injusto.—«Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico [...]. Y el principio general ha sido ya apuntado, y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales, de normas de Derecho privado [...].»

La STS 10 de marzo de 1998 decía: «la sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 CC y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de esta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado». (STS de 17 de enero de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Entre los años 1973 y 1992, aunque con diversas interrupciones, J. M. J. y A. M. D. convivieron *more uxorio*. En el año 1992 los litigantes suscribieron un acuerdo en el que, además de poner fin a la referida convivencia de hecho, fijaron, a cargo de don J. M. J. el pago de una pensión mensual de 40.000 pesetas para el sostenimiento y atenciones del hijo común menor de edad y la obligación de facilitar a doña A. M. D. una vivienda donde fijarsu domicilio por un período de ocho años. No obstante, doña A. M. D. solicitó al Juzgado que se dictara sentencia en la que se declarase, de manera subsidiaria, la existencia de una comunidad de bienes, de un régimen de participación, o de una sociedad de gananciales; y que, declarada la misma, se procediese a su disolución y liquidación, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes contemplados en el escrito de demanda. El juzgado desestimó en su totalidad la demanda y la Audiencia confirmó en su integridad la resolución de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, y estimó parcialmente la pretensión.

NOTA.—El TS considera que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3.1 y 4.1 CC al no interpretar la normativa conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía *iuris* que da lugar a la aplicación de los principios generales del Derecho. De acuerdo con esta interpretación, el Tribunal otorga a la demandante una indemnización evitando el perjuicio injusto que ha sufrido, y ello con base en la institución del enriquecimiento injusto, que es expresión de un principio general.

El fundamento de la acción de enriquecimiento injusto no se recoge en ningún texto legal, sino en el principio de equidad según el cual nadie puede enriquecerse a costa de otro.

En la jurisprudencia española, la STS 11 de diciembre de 1992 constituye el primer pronunciamiento que admitió la existencia del

enriquecimiento injusto en estas situaciones. En algunas sentencias posteriores (Véanse entre otras, SSTS de 22 de julio de 1993 y de 24 de noviembre de 1994 y SAP Gerona de 15 de diciembre de 1999) se rechazaron tales pretensiones pero la STS de 27 de marzo de 2001 dio un nuevo giro a la doctrina y aunque admitió la procedencia de una prestación compensatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, advirtió que se habría llegado al mismo resultado aplicando el ya citado principio general de protección al conviviente perjudicado. La tendencia actual de la jurisprudencia, al menos en el plano teórico, es ampliar progresivamente el ámbito de aplicación del enriquecimiento injusto, que se convierte así en un recurrente mecanismo de liquidación de las relaciones patrimoniales entre convivientes, aunque en la práctica los órganos judiciales se muestran muy estrictos a la hora de apreciar su existencia [Aurora López Azcona, *La ruptura de las parejas de hecho (análisis comparado legislativo y jurisprudencial)*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 76]. (E. C. V.)

DERECHO DE SUCESIONES

54. Partición de la herencia: rendición de cuentas.—En virtud de la jurisprudencia del TS (SSTS de 9 de junio de 1928, 30 de octubre de 1976 y 30 de septiembre de 1994), así como del tenor del artículo 1063 CC, los coherederos tienen la obligación recíproca de abonarse en la partición los frutos y las rentas que cada uno de ellos hubiera percibido de los bienes hereditarios. Por este motivo, cualquiera que sea el título de posesión de los bienes de la herencia (por ejemplo, la explotación de un bar), sobre los interesados recae la obligación ineludible de rendir cuentas a los demás partícipes (resto de coherederos) de los productos que se derivasen de dichos bienes hereditarios. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña G. M. M., doña C. M. M., doña M.^a L. M. M., doña R. M. M. y don M. M. M. demandaron a don L. M. M. en juicio declarativo de menor cuantía sobre división de herencia, solicitando se produzca la venta judicial de determinados bienes hereditarios (un solar y un negocio de bar), y que se rindan cuentas del negocio familiar que el demandado venía explotando desde el fallecimiento del causante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, acuerda la venta judicial de los bienes pertenecientes a los actores y al demandado, y condena a este último a que rinda cuentas del negocio familiar a los actores desde la fecha del fallecimiento del causante. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la resolución de instancia. El TS, en casación, confirma dicha sentencia apelada y declara no haber lugar al recurso interpuesto. (S. E. M.)

DERECHO MERCANTIL

55. Prueba de los daños causados por lesión del derecho de exclusiva.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, las SSTS de 21 de abril de 1992, 26 de noviembre de 1999 y 5 de abril de 2000) considera que el artículo 63 de la Ley de patentes no impone unos efectos indemnizatorios automáticos por el mero hecho de constatar la violación de un derecho de exclusiva. Es necesario, en todo caso, que el acreedor de dicho derecho pruebe la existencia efectiva de los daños cuya indemnización reclama, o que aporte, en su caso, los datos fácticos necesarios para poder inducir de forma racional y lógica la existencia de tales daños. (STS de 25 de octubre de 2002; no ha lugar).

HECHOS.—Saplex, S. A., titular del modelo de utilidad de rollos de suministro de bolsas plegadas, goza de licencia exclusiva para su fabricación, importación y comercialización. Dicha empresa interpone una demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra las entidades mercantiles Ceyplast, S. L., Almonplast, S. A., Industrial de Polímeros y Reciclados, S. A., Microplast, S. A. y Josami, S. A. La demandante solicita que se declare que ella es la titular del derecho de exclusiva sobre los rollos de suministros de bolsas plegadas, que dichas empresas dejen de fabricar dichos productos y que se la indemnice por los daños causados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por Microplast, S. A. y por Industrial de Polímeros y Reciclados, S. A., la Audiencia Provincial estima en parte el recurso, liberando a los recurrentes del pago de la correspondiente indemnización. El TS, en casación, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la mercantil demandante y confirma la sentencia de la Audiencia. (S. E. M.)

56. No constituye una práctica de competencia desleal el mero hecho de vender los libros de texto con la entrega de obsequios o premios.—La venta de libros de texto con premio no implica necesariamente competencia desleal derivada del artículo 8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, ni comporta ventaja competitiva en el mercado a efectos del artículo 15 del mismo cuerpo legal. Por su parte, el mantenimiento del precio fijo para la venta de libros normales al por menor establecido en la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del libro, debe ser entendida dentro del respeto al principio de libre competencia, tal y como se establece en el preámbulo del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre el precio de venta al público de libros.

Efectivamente, no queda prohibida la entrega de obsequios al contratar, siempre que los beneficios derivados de dicha entrega no liguen al consumidor a un compromiso ulterior. (STS de 30 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La Asociación de Libreros de Cartagena y su comarca formuló demanda contra Hipermercados Pryca, S. A. en

la que se solicitaba la declaración como competencia desleal la venta de libros de texto con un 25 por 100 de descuento, la prohibición de prácticas similares en el futuro, indemnización de daños y perjuicios a la parte actora, y la condena a publicar a costa de la demandada la sentencia de instancia (de resultar condenatoria) en un determinado periódico local.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada por la *Asociación de Libreros*. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara la competencia desleal, prohibiendo además a la demandada el desarrollo de similares campañas futuras. El TS declara haber lugar al recurso de casación confirmando asimismo la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*J. D. S. C.*)

57. Seguro marítimo de barco en desguace para dedicarlo a Sala de fiestas: hundimiento tras fuerte temporal por falta de medidas de seguridad del propietario.—El hundimiento del buque *Reggio* amarrado en el puerto de Barcelona y tras varias obras de transformación con vistas a convertirlo en Sala de fiestas flotante, luego paralizadas, el 12 diciembre de 1991 por causa de fuerte temporal se hundió por diversas causas concurrentes, tales como la falta de estabilidad transversal al haber sido desguazado, originando la situación de vulnerabilidad, con aumento de su permeabilidad exterior, lo cual, al haber sido voluntario, debió ser tenido en cuenta a la hora de adoptar las medidas de seguridad pertinentes, adecuadas al estado del objeto asegurado en el momento de la vigencia del contrato de seguro; las medidas consistentes en haber contratado vigilancia para el buque y en la compra de una bomba de achique, no pueden estimarse suficientes en el sentido de «agotar la diligencia para prevenir el siniestro», no habiéndose acreditado suficientemente en qué consistía esa vigilancia ni la cualificación de las personas contratadas; desde que empezaron las fuertes lluvias hasta el hundimiento no se practicó actividad alguna tendente a paliar los efectos del temporal e, incluso, consta que en el momento del hundimiento no había personal alguno de vigilancia. No resulta imprevisible que durante el tiempo en que el buque permaneció en el muelle España del Puerto de Barcelona después de su desguace, desde noviembre de 1990 hasta el 12 de diciembre de 1991, se habría de producir algún fenómeno atmosférico capaz de producir, por su intensidad o persistencia, la inundación del buque, dadas las amplias cesáreas abiertas en su cubierta y que permitían el paso del agua sin impedimento alguno, lo que aumentaría los efectos de la permeabilidad exterior causada por el desguace, lo que obligaba a adoptar todas las medidas necesarias y suficientes para evitar el hundimiento.

Nexo causal.—Es de apreciar la existencia de un nexo causal entre la conducta culposa imputada a la propietaria del buque y el daño producido, el hundimiento del mismo, sin que tal nexo se vea roto por las fuertes lluvias caídas, pues si estas eran imprevisibles en cuanto al momento concreto en que se produjeron, no era, por el contrario, imprevisible que se produjeran en algún momento durante los largos meses que permaneció el buque en la situación resultante del desguace, como tampoco era imprevisible que de producirse ese fenómeno meteorológico se inundase el mismo.

Exoneración de la aseguradora.—Procede decretar la exoneración de la obligación de indemnizar, de acuerdo con la estipulación contenida en el párrafo final del artículo 2.º de las condiciones generales de la póliza concertada (STS de 5 de diciembre de 2002; ha lugar). (G. G. C.)

58. Contenido del derecho de información del accionista (art. 112 LSA).—Constituye una clara vulneración del derecho de información del socio tanto la negativa del Presidente del Consejo de Administración a facilitarle cualquier tipo de información, como el hecho de dar dicha información de forma extemporánea, aludiendo a que los datos que se solicitan constan en el Registro Mercantil. El derecho de información debe verse satisfecho por la sociedad, cuando sea posible, sin necesidad de que el socio tenga que realizar ningún tipo de indagación por cuenta propia.

Por otro lado, la información relativa a los informes de auditoría de los ejercicios sobre los que se han de adoptar acuerdos exige la mayor claridad y transparencia por parte de los administradores. La falta de información al respecto impide que el socio pueda disponer de los datos necesarios para formar su juicio y expresar su voluntad mediante el voto en la Junta correspondiente. (STS de 12 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L. Ll. interpone recurso ordinario de menor cuantía contra la entidad mercantil *Productos Churrucá, S. A.* sobre impugnación de acuerdos sociales, solicitando se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta General, así como la de todos aquellos que se adopten con posterioridad por la sociedad demandada y que traigan causa del acuerdo impugnado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a la entidad mercantil demandada de todas las pretensiones de la demanda. Posteriormente, en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por el demandante, estimando la demanda y declarando la nulidad de los acuerdos adoptados, así como de los posteriores que traigan causa de aquel. Interpuesto recurso de casación por la mercantil demandada, el TS declara no haber lugar al mismo y confirma la sentencia dictada por la Audiencia. (S. E. M.)

59. El derecho de información del socio: momento en el que se considera cumplido (art. 112 LSA).—El accionista de una sociedad anónima tiene derecho a solicitar por escrito antes de la celebración de la Junta, o verbalmente en el transcurso de la misma, todos los informes y aclaraciones que estime pertinentes, siempre y cuando sean relativos a los asuntos previstos en el orden del día. El TS afirma que para determinar cuándo los administradores cumplen con esta obligación tendremos que ver la mayor o menor complejidad de las cuestiones planteadas por el socio. A veces, una información elemental será suficiente para entender cumplida esta obligación. En otros casos será necesaria una respuesta más exhaustiva, que puede no realizarse verbalmente en el momento del desarrollo de la Junta para no entorpecer el normal desarrollo de la misma. En los casos de cuestiones de mayor complejidad, el TS considera que el accionista debe

ejercitar su derecho a solicitar la información por escrito antes de la celebración de la Junta, ya que muchas veces la propia entidad de las cuestiones planteadas impide que los administradores puedan informar debidamente de forma verbal.

Prueba pericial: valoración en casación.—Tan sólo es posible llevar a cabo una nueva valoración de los informes periciales en casación cuando el recurrente, al que dicho informe perjudica, demuestre que este se ha realizado vulnerando las reglas de la sana crítica (arts. 1243 CC y 636 LEC). En caso contrario, el TS deberá respetar la soberanía de la instancia al respecto. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña. M.^a E. S. P. interpone demanda contra la entidad mercantil *Fibras Nacionales y Extranjeras, S. A. (FINESA)*, sobre impugnación de acuerdos sociales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de accionistas. Interpuesto recurso de apelación por la mercantil demandada, la Audiencia Provincial lo desestima. En casación, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto y condena en costas a la sociedad recurrente. (S. E. M.)

60. Responsabilidad de los administradores en una sociedad anónima.—La acción que se deriva de los artículos 133.1.º y 135 LSA contra los administradores sociales puede ser ejercitada por los acreedores de la sociedad con relación a los daños causados por los primeros al llevar a cabo actos contrarios a la Ley, Estatutos sociales o los realizados con negligencia. Esta diligencia se establece de un modo objetivo tomando como referencia la de un «ordenado empresario» y un «representante leal», según la propia Ley de sociedades anónimas, en su artículo 127.

Sin embargo, para que se derive responsabilidad por parte de los administradores de una sociedad es necesaria la relación causal entre una conducta antijurídica o culposa por parte del administrador (que además ha de actuar en concepto de tal administrador) y el daño provocado (SSTS de 28 de junio de 2000 y 27 de noviembre de 1999). Este nexo no existe cuando no hay relación entre la conducta realizada por el administrador y la situación de déficit económico de la sociedad. En éste sentido, tampoco puede alegarse la mera insolvencia de la sociedad para fundamentar la responsabilidad de los administradores cuando estos han actuado con la suficiente diligencia.

Asimismo, si el acreedor conoce la infracapitalización de la sociedad en el momento de contratar, no puede pretender ulteriormente dirigirse contra los administradores de aquella (STS de 20 de julio de 2001). (STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora Daorje, S. A. interpone demanda contra Quinasa y don T. M. S. (administrador de esta) solicitando que se condene a los demandados al pago solidario de una cantidad de dinero, más el interés legal. La actora trata de repetir contra Quinasa el pago de los salarios pendientes de abono a los traba-

jadores, a los cuales tuvo que hacer frente aquella en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda en el sentido de condenar a Quinasa y absolver al otro codemandado. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por el actor confirmando la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. D. S. C.)

DERECHO PROCESAL

61. Subasta: error en la redacción de los edictos.—La subasta es una venta pública y, como tal, para ser efectiva, requiere que la publicidad que de ella se realice cumpla estrictamente los requisitos legales. Los errores en la redacción de los edictos relativos a la fecha de celebración de la subasta y demás condiciones de la misma son errores graves, ya que impiden que las personas interesadas en concurrir a dicha subasta puedan hacerlo. Este tipo de errores considera el TS que son insubsanables, ya que afectan a un presupuesto procesal que incide en el orden público (en este sentido, las SSTS de 9 de marzo de 1992 y 20 de diciembre de 1993). Al órgano judicial le corresponde la obligación de velar por el buen funcionamiento del procedimiento. Por ello, el conocimiento por parte de los posibles interesados de la existencia de este tipo de errores no exime a los órganos judiciales de la citada obligación, en virtud de la cual deberán adoptar las medidas convenientes para corregir las anomalías existentes.

Cauce procesal adecuado.—A pesar de que reiterada jurisprudencia del TS (por todas, STS de 23 de noviembre de 1994) sostiene que tan sólo es posible fundamentar en casación la infracción de normas de Derecho privado en virtud del artículo 1692.4.º LEC, y que la infracción de normas procesales debe ir por la vía del artículo 1692.3.º LEC, el TC mantiene un criterio flexible, en armonía con el principio *pro actione* y el derecho a la tutela judicial efectiva, que permite admitir el análisis de determinadas cuestiones, a pesar de que la mención del apartado del citado artículo en el recurso no sea formalmente la adecuada. (STS de 30 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Caja General de Ahorros de Canarias* en procedimiento ejecutivo contra don D. P. R. y doña C. D. M. C. señaló las fechas de las subastas de tres fincas hipotecadas. No obstante, en los edictos para el anuncio de las mismas se constata un error respecto a la fecha de la subasta de la segunda finca, y otro respecto al número de finca a subastar. Don D. y doña C. D. interponen una demanda contra la citada entidad mercantil solicitando se declare nulo el edicto correspondiente como consecuencia de los errores insubsanables sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, y declara nulo dicho edicto librado en el juicio hipotecario, y determina que se retrotraigan los autos al momento procesal inmediato anterior al

error producido. Apelada dicha sentencia de instancia, la Audiencia Provincial la revoca íntegramente y desestima de igual forma la demanda. Los actores interponen recurso de casación, y el TS declara haber lugar al mismo, ratificando íntegramente la sentencia de instancia.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, los fundamentos del recurso de casación se regulan en el artículo 477.1.º. Dicho artículo establece que «el recurso de casación habrá de fundarse como motivo único en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». De esta forma se suprimen los demás motivos que anteriormente contemplaba el artículo 1692, y que, por referirse a irregularidades procesales, servirán ahora para fundamentar la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 466 ss.). Por último, si comparamos el actual artículo 477.1.º con el tenor del anterior artículo 1692.4.º, la infracción de jurisprudencia ha sido suprimida como motivo específico de casación. (S. E. M.)