

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, María Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, Albert RUDA GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Monserrat 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. Requisitos.**–La construcción jurídica del abuso de derecho exige los siguientes requisitos esenciales: *a*) una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, debe ser privada de protección por la ley; *b*) que esta actuación produzca efectos dañinos; y *c*) que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización (STS de 6 de febrero de 1999).

Asimismo, el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado (SSTS de 19 de octubre de 1995, 2 de diciembre de 1994 y 5 de abril de 1993, entre otras).

**Principio general de la buena fe.**–Según tiene declarado la Sala 1.<sup>a</sup> del TS el principio general de la buena fe contemplado en el artículo 7.1 CC constituye una noción omnicomprensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia.

Se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente.

**Costas. Méritos para imponerlas a la parte que hubiera litigado con temeridad.**—El olvido del principio de proporcionalidad en el ejercicio del derecho del acreedor ejecutante provocando la pérdida de la vivienda habitual de uno de los fiadores cuando el acreedor podía haber cobrado el resto de lo que se le adeudaba en forma menos agresiva para el patrimonio de los fiadores, llevan a la imposición de las costas por temeridad al acreedor-demandado. (STS de 14 de mayo de 2002; ha lugar en parte).

**HECHOS.**—*El Banco Santander, S. A.*, otorga un préstamo a A. V. L. y C. T. L. constituyéndose como fiadores los cónyuges V. V. H. y E. L. L.

Por carta del citado Banco, cuya remisión se realiza con intervención de Corredor de Comercio, se comunica a los fiadores la posibilidad del ejercicio de acciones judiciales contra ellos por impago del préstamo. Al apercibirse el fedatario mercantil de que el domicilio real no coincide con aquel al que se dirige la carta, lo hace constar mediante diligencia, pese a lo cual el Banco participa posteriormente el inicio del juicio ejecutivo en el domicilio equivocado y, al no hallar en el mismo a los fiadores, las sucesivas notificaciones judiciales se llevan a cabo por edictos.

El 10 de mayo de 1995 se celebra la tercera subasta del piso propiedad de los fiadores a resultas del juicio ejecutivo instado por el Banco contra los mismos. El importe reclamado por el Banco asciende a la suma de 1.194.131 pesetas de principal, más 450.000 de intereses. Sólo se presenta postura por el Banco, efectuándose la cesión a su favor con el carácter de cesión a tercero, por la cantidad de 2.300.000 pesetas; el remate se aprueba al día siguiente, 11 de mayo, y la cesión de remate se produce el 18 de mayo a favor de la entidad *Fincas Belagua, S. L.*

Con anterioridad a la celebración de la subasta, el Banco había recibido pagos a cuenta de la cantidad adeudada por importe de 550.000 pesetas y el día 11 de mayo de 1995 había obtenido otro pago de un millón de pesetas, efectuado por la entidad *Inmobiliaria Navarra, S. L.*, en nombre de los deudores.

E. L. L., quien se había separado legalmente de su esposo con anterioridad, recompra el piso, que sigue siendo su vivienda habitual, a *Fincas Belagua, S. L.*, para cuyo pago solicita un préstamo hipotecario por valor de 3.750.000 pesetas.

Los fiadores demandan al *Banco Santander, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando al demandado a abonar a E. L. L. determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios y absolviendo respecto a los pedimentos del codemandante. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia revocándola sólo en el sentido de aumentar las cantidades a pagar a E. L. L. (*B. F. G.*)

**2. Doctrina de los actos propios: concepto y requisitos.**—Es doctrina jurisprudencial consolidada definir los actos propios como la expresión ine-

quívoca del consentimiento que actúa sobre un derecho o sobre un acto jurídico, concreta efectivamente lo que ha querido su autor y además causa estado frente a terceros (SSTS de 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983, 16 de junio de 1984, 15 de febrero de 1988, 22 de enero de 1997, 7 de mayo de 2001). La aplicación del principio por el que se establece la inadmisibilidad de ir contra los actos propios, requiere la existencia de los siguientes requisitos: *a*) que la conducta haya sido inequívoca, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica que afecta a su autor, y *b*) que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior (SSTS de 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo y 25 de octubre de 2000 y 27 de febrero y 5 y 16 de abril de 2001).

**Interpretación del contrato: el denominado «canon de la totalidad» del contrato.** El contrato no ha de interpretarse en una sola cláusula, sino en relación a todas, como se deduce del artículo 1285 CC y de una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 5 de febrero de 1985, 21 de febrero de 1991, 22 de mayo de 1992, 20 de abril de 1993 y 26 de octubre de 1998). (STS de 15 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa mercantil *M. A. S. A.* presentó demanda contra una entidad de crédito reclamándole 20.361.682 pesetas en concepto de los excesos de pago que había realizado en calidad de tercer poseedor de una finca hipotecada. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia estima parcialmente el recurso y condena a la entidad de crédito a abonar a la empresa mercantil la cantidad de 18.806.213 pesetas. Presentado, por la entidad de crédito, recurso de casación el TS no da lugar al mismo. (*C. O. M.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión. Colisión con el derecho al honor. Criterios delimitadores.**—El TS expone la consolidada doctrina sobre el conflicto entre las libertades de información y de expresión y el derecho al honor. Cada caso se ha de estudiar en su contexto, sin fijar, *a priori*, límites o fronteras entre los derechos. Las libertades tienen una posición preferencial por su garantía institucional de la formación de una opinión pública libre e indisoluble, pero a su vez el ejercicio de las mismas está limitado por el respeto a los derechos de la personalidad, el honor entre ellos. El valor social de las libertades provoca que el estudio de estos límites deba realizarse con una interpretación restrictiva.

**Definición de las libertades de información y de expresión.**—Los dos derechos tienen un contenido distinto y diferentes límites; mientras que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, que

abarcen incluso las creencias, la libertad de información versa sobre hechos que pueden denominarse como noticiables, es decir, que tengan trascendencia pública a efectos de que la participación de los ciudadanos en la vida colectiva sea real. Por este diferente contenido, los límites del ejercicio de cada una de las libertades también es distinto.

**Expresiones innecesarias.**—Para el adecuado ejercicio de la libertad de expresión es innecesario emplear términos como «canalla», «matón nocturno», que se «abona al chantaje», lo que supone un gravísimo ataque al honor/dignidad, que no queda desvirtuado por la cualidad pública del agraviado, ni por la supuesta noticia del reportaje. (STS de 21 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. M. (Presidente del Real Madrid en aquel momento) es entrevistado por *Diario 16* el 1 de octubre de 1993, declarando, entre otros aspectos, que: «... Hay quien dirige la opinión, y el más canalla es José María García que, a base de la calumnia y la mentira, levanta la sospecha y la duda en el madridismo...», «Es un matón nocturno que goza del beneficio del miedo de los demás...», «Todo está manipulado por el canalla de la noche, porque el Buitre no le quiso dejar su teléfono particular. Es un chantaje y una vergüenza...», «... y la del canalla de la noche va a ir servido...».

Don J. M. G. interpuso demanda civil de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, solicitando la condena, su publicación y una indemnización de tres millones de pesetas a don R. M. si fuese el autor de las expresiones, y a *Información y Prensa, S. A.*, si el primero las negase. El Juzgado desestimó la demanda respecto a *Información y Prensa, S. A.*, pero condenó a don R. M. por la intromisión en el derecho al honor del demandante a la indemnización de quinientas mil pesetas, a publicar la sentencia en un medio de comunicación de tirada y difusión semejante al de *Diario 16* y a las costas. La Audiencia confirmó la resolución de primera instancia. Tras el fallecimiento del recurrente en casación durante el transcurso del recurso, comparecieron sus herederos, teniéndoles por personados en nombre de su causante. El TS no da lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

**4. Vulneración del derecho al honor: requisitos y resarcimiento económicos por su lesión.**—La información periodística que contiene una comunicación pública, veraz, referente a hechos comprobados y ciertos obtenidos en el cumplimiento de la tarea profesional de informar, no supone una intromisión ilegítima del derecho al honor. Igualmente resulta legítima la comunicación pública del resultado de un juicio para poner de manifiesto la imparcialidad y neutralidad de un reportaje publicado.

Para obtener el resarcimiento económico por los atentados contra los derechos de la personalidad, no es necesario acudir a la vía de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC), ya que la *Ley Orgánica 1/1982*, de 5 de mayo, establece los cauces jurídico-procesales para la tutela de los ataques ilegítimos al honor, la intimidad y la propia imagen. (STS de 22 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. B. R. interpone demanda contra *La Voz de Galicia*, don J. C. L. y don J. R. D. G. solicitando la indemnización de daños y perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de un reportaje periodístico sobre cazadores furtivos donde se comunicaba a los lectores que el actor había sido sorprendido en un coto privado sin licencia, y una segunda información que da cuenta de la sentencia penal absolutoria del periódico.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Apelada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial desestima el recurso. Recurrida en casación esta resolución, de nuevo por la parte actora, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto. (*S. E. M.*)

**5. Derecho al honor. No resulta vulnerado por la divulgación del hecho de haber recibido tratamiento médico.**—El haber recibido tratamiento médico no es un hecho que afecte a la reputación y buen nombre del paciente, ni lo difama o hace desmerecer en la consideración ajena.

**Derecho a la intimidad. Vulnerado por la divulgación de un dato privado, como es el haber recibido tratamiento médico.**—La publicación de las fotografías del paciente sometido a un tratamiento de cirugía estética, sin su autorización y habiendo sido obtenidas por el propio médico interviniente, supone la revelación de un dato privado que implica una intromisión en el derecho a la intimidad del paciente.

**Intromisión ilegítima en la intimidad. Presunción de existencia de daños y perjuicios.**—El público conocimiento de un dato que pertenece al ámbito de la privacidad ha de dar lugar a la presunción de existencia de perjuicios y daños morales.

**Quantum indemnizatorio. Modificación por el TS. Casos en que procede.**—Por regla general no es procedente entrar en casación al examen del *quantum* indemnizatorio. Sin embargo, ello debe hacerse cuando la modificación dimana, no de elementos fácticos cuya ponderación es facultad del Tribunal de instancia, sino de aplicación de presupuestos o criterios legales.

**Artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. Medidas de tutela judicial de los lesionados por violación del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Difusión de la sentencia.**—La remisión del testimonio de la sentencia al Ilustre Colegio de Médicos de Madrid y al Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos en un caso como el presente es innecesario para la difusión de aquélla.

**Derecho a la tutela judicial efectiva. Significado.**—Este derecho supone el de obtener una resolución motivada sobre la pretensión deducida.

**Falta de legitimación *ad causam*. Posibilidad de apreciación de oficio.**—La jurisprudencia tiene reconocida la posibilidad de apreciar de oficio la falta de legitimación *ad causam* (SSTS de 22 de febrero y 28 de diciembre de 2001, reiterando doctrina anterior).

**Acumulación de acciones deducibles en juicios de distinta naturaleza. No implica desestimación de la acción indebidamente acumulada.**—Según la STS de 3 de octubre de 2000, ante la acumulación en un proceso de dos acciones de distinta naturaleza el Tribunal debe resolver la acción correctamente ejercitada y no hacerlo respecto a la indebidamente acumulada. (STS de 16 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En dos números del suplemento dominical de un periódico de tirada nacional apareció un anuncio con dos fotografías de la demandante figurando bajo las mismas la frase: «Un caso de rejuvenecimiento tratado en Madrid a finales de 1991». Las fotografías se publicaron sin autorización de la demandante y habían sido obtenidas por el demandado F. B. M. con ocasión de una intervención de cirugía estética por él mismo realizada.

La demandante interpone acción contra F. B. M., *Centro Internacional Cirugía Estética, S. A.*, y *Carat España, S. A.*, empresa esta última dedicada a contratar los medios de comunicación conforme a las instrucciones recibidas de las agencias de publicidad. El Juzgado estimó, parcialmente, la demanda absolviendo a la última de las entidades citadas por no constar que fuese la empresa que realizase los anuncios finalmente publicados. La Audiencia revocó, parcialmente, la sentencia de la instancia, considerando que los demandados (salvo *Carat España, S. A.*, que fue absuelta) habían incurrido en una violación del derecho a la propia imagen de la demandante, pero no ordenó remitir testimonio de la sentencia al Ilustre Colegio de Médicos de Madrid ni al Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos. La difusión de la sentencia en el dominical, así como el reconocimiento a la demandante del derecho a replicar y la indemnización de un millón quinientas mil pesetas fue mantenido. La demandante formaliza recurso de casación. (B. F. G.)

**6. Indemnización de daños morales por violación de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la imagen. Parámetros del artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo.**—Los factores para señalar la cuantía de la indemnización en los casos señalados son: a) las circunstancias del caso; b) la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta la difusión o audiencia del medio a través del que se haya realizado; y c) el beneficio obtenido por la causante de la lesión.

**Quantum de la indemnización por responsabilidad civil. Cuestión de hecho no revisable en casación. Excepciones.**—La determinación del *quantum* de la indemnización por responsabilidad civil es una cuestión de hecho reservada a los Tribunales de instancia. Hay supuestos especiales, sin embargo, en los que el TS puede revisar este extremo fáctico: a título de ejemplo, cuando la sentencia recurrida no se ha acomodado a los parámetros legales existentes para el caso concreto.

**Artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. Medidas de tutela judicial de los lesionados, en particular la difusión de la sentencia. Facultad potestativa del Juzgador de instancia.**—La difusión de la sentencia como medida de tutela judicial de los lesionados por la violación del derecho al honor es una facultad potestativa del Juzgador, por lo que no se puede modificar en el recurso de casación. (STS de 19 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Tiempo de Hoy* publicó un reportaje, titulado, «Sexo de lujo y tráfico de personas», en el que aparecía la fotografía de la demandante con el sobreimpreso, «Hablan las

modelos implicadas». Dicha fotografía aparecía junto con el título del artículo en la portada de la revista, portada que apareció durante dos días reproducida en un anuncio publicitario a toda página de dos periódicos de tirada nacional. Asimismo, un periodista de la citada revista intervino en dos ocasiones en un informativo nocturno de una cadena de televisión nacional presentando a la audiencia el número en el que aparecía el reportaje y exhibiendo y mostrando la fotografía de la actora.

La noticia surgió a raíz de unas investigaciones realizadas por la policía como consecuencia de una denuncia sobre un presunto delito de trata de blancas y tráfico ilegal de piedras preciosas entre Manila y España. La actora no fue oída en las diligencias policiales ni particularmente investigada. La revista demandada recogió como rumor público que la demandante había viajado a Filipinas y enviado a Manila a modelos de su agencia, aun cuando dicho rumor había sido desmentido por la interesada.

El Juzgado condenó a los demandados (el director de la revista y los dos periodistas autores del reportaje), declarando que se habían producido actos de intromisión ilegítima en los derechos de honor de la actora. Condenó, por ello, a publicar a su costa la sentencia condenatoria en la revista y en los dos periódicos en los que había aparecido el anuncio, así como a la difusión de una nota informativa en el informativo nocturno, en el que había participado el periodista autor del reportaje, dando cuenta del tenor de la sentencia; la condena incluía también el abono a la actora de veinticinco millones de pesetas de forma solidaria en concepto de indemnización de daños. La Audiencia modificó la sentencia de primera instancia reduciendo la publicación de la sentencia al encabezamiento y fallo de la misma, en vez del texto íntegro, y únicamente en la revista *Tiempo*. Asimismo rebajó el importe de la indemnización a quince millones de pesetas. El recurso de casación lo interpone la parte demandada. (B. F. G.)

**7. Derecho a la propia imagen. Vinculación con el derecho a la intimidad.**—Según una consolidada doctrina jurisprudencial, tanto del TS (STS de 4 de mayo de 2001 y las que en ella se mencionan), como del TC (SSTC de 18 de junio y 2 de julio de 2001), el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, que atribuye a su titular la facultad exclusiva de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. Aun cuando este derecho tiene su ámbito específico de protección, incluso frente a reproducciones que no den a conocer o no afecten a la vida íntima de su titular, en ocasiones está vinculado al derecho a la intimidad, en el que se incluye la intimidad corporal, quedando así protegido por el ordenamiento el sentimiento del pudor personal.

El derecho a la propia imagen otorga a su titular la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por parte de terceros no autorizados sea cual sea la finalidad perseguida por quien la difunde.

**Colisión entre derecho a la propia imagen y derecho a la libertad de expresión y de creación artística.**—El derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto. En los supuestos de conflicto con las libertades señaladas resulta preciso analizar si, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, merece alguno de los derechos en pugna que le sea reconocida una especial preferencia.

**«Intimidad en soledad» e «intimidad sin aislamiento». Restricción de uso de determinados bienes de dominio público para configurar un ámbito de privacidad.**—Todo ciudadano puede establecer diferentes ámbitos o espacios físicos para desenvolver su vida íntima, los cuales, en principio, han de ser respetados. Así sucede respecto a la «intimidad en soledad»; también es protegible una «intimidad sin aislamiento» cuando la misma se circunscribe a un ámbito familiar o a otro círculo personal restringido.

No puede reclamarse intimidad en ámbitos o espacios públicos, pues éstos no son compatibles con la idea de privacidad. No debe olvidarse, sin embargo, que dentro del pluralismo y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que caracterizan a un Estado democrático de Derecho, ha ido surgiendo una aceptación social del hecho de que determinadas zonas de espacios destinados al uso público o común puedan ser utilizados por los ciudadanos que «consideran que conviene al ejercicio de ciertas actividades físicas el máximo contacto con la naturaleza, despojándose de los obstáculos que al efecto puedan significar no sólo las ropas de uso cotidiano, sino incluso aquellas otras más ligeras, que para la práctica de los deportes utiliza un sector realmente mayoritario de la población» (FD 4.º). Ejemplo de ello son las playas nudistas en las que, a través de la aceptación de la conveniencia de la restricción de su uso, determinadas personas pueden ejercer una libertad reconocida en el artículo 9 CE sin molestar a los ciudadanos que no aprueban sus pautas de comportamiento, ni ser inquietados por ellos. Se configura de este modo un ámbito de privacidad absolutamente legítimo dentro del cual pueden decidir si autorizan o no la reproducción de su imagen.

**Finalidad del recurso de casación.**—Consiste en determinar si, sobre la base de los hechos que el Tribunal de instancia ha tenido por probados, es o no adecuada la apreciación jurídica establecida. (STS de 28 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En el periódico *Heraldo de Aragón* se publica, con ocasión de un reportaje sobre playas nudistas, una fotografía tomada a corta distancia en la que aparece el actor desnudo y de cuerpo entero, pudiendo ser identificado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó, parcialmente, la demanda interpuesta contra *Heraldo de Aragón, S. A.*, condenando a esta última al abono de dos millones de pesetas. Apelada la sentencia por la entidad demandada, fue confirmada por la Audiencia. (B. F. G.)

**8. Reproducción de fotografía captada en lugar público. Difusión de imagen sin el consentimiento de la persona afectada.**—La difusión de fotografías de una persona tomadas en un lugar público sin su consentimiento tienen el carácter de intromisión ilegítima *siempre que no se halle en los supuestos previstos en el artículo 8.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo (art. 7.5 de la citada Ley)*. La intromisión es ilegítima cuando la imagen de la persona



afectada se difundió sin su consentimiento, dándole una relevancia que impide calificar la imagen como *meramente accesorio*.

**Responsabilidad solidaria.**—No juega el principio de litisconsorcio pasivo necesario en la demanda interpuesta para exigir responsabilidad civil derivada de ilícito, porque la responsabilidad en ese caso es solidaria (F D I.º). (STS de 6 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una joven demandó a un Diario con motivo de la publicación —sin su consentimiento— de una imagen de las playas de Barcelona en la que ella aparecía en *top less*. En ambas instancias se estimó la demanda, reconociendo a la demandante el derecho a una indemnización civil por un millón de pesetas. En casación no hubo lugar. (C. J. D.)

**9. Reclamación de títulos nobiliarios. Litis consorcio pasivo necesario.**—No se da lugar a litis consorcio pasivo necesario, al invocarse la nulidad de la distribución de títulos nobiliarios, efectuada en los supuestos de que el otorgante tenga más de un título y varios hijos, caso autorizado por la Ley desvinculadora de 27 de septiembre de 1820 y el Real Decreto de 1912, cuando al afectar a todos los favorecidos por ella, y para que la relación jurídica procesal quede convenientemente constituida, se llama a juicio a todas las personas favorecidas por la distribución, cuestión ésta que ha de resolverse con carácter previo a la nulidad alegada, y, en consecuencia, se prueba que los favorecidos por la distribución fueron los hijos del distribuidor, entre ellos el abuelo del demandado.

**Distribución de títulos nobiliarios. Nulidad por falta de aprobación del Monarca.**—Es válida la distribución de títulos nobiliarios sin aprobación expresa del Monarca, si fue realizada en los últimos años del siglo XIX, por lo tanto al amparo del artículo 13 de la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1980 y de la Ley de 17 de junio de 1855, que no exigían dicha aprobación, al ser introducida por el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912.

Puede considerarse, no obstante, exigible dicha aprobación, al suponer la distribución una modificación del orden de suceder, que es facultad, que de acuerdo con la Ley 25.1.6 de la Novísima Recopilación, está reservada al Monarca; ahora bien, dicha aprobación se suple si se expiden Reales Decretos de sucesión que la sustituyen.

**Determinación de mejor derecho nobiliario. Rehabilitación.**—El mejor derecho se reconoce al pariente más propincuo, teniendo en cuenta criterios de descendencia, línea, grado y edad.

La rehabilitación, aunque siempre se concede el título o merced condicionado a la cláusula de «sin perjuicio de tercero de mejor derecho genealógico», es a los efectos de que el parentesco determinante del mejor derecho no puede relacionarse con el concesionario de la rehabilitación, que se concede con carácter polémico, sino con el último poseedor legal, debiendo entenderse por tal a aquel a quien la dignidad correspondería de acuerdo con el orden sucesorio correspondiente.

Cuando el último poseedor legal forma una nueva cabeza de línea, mientras existan personas pertenecientes a ésta, se excluye a cualquier otro pariente perteneciente a otra línea, siguiéndose respecto a la nueva línea formada el orden de suceder.

**Distribución. Nueva cabeza de línea distinta a la del primogénito.**—La distribución de títulos *intervivos* o *mortis* causa produce una novación o alteración de las distintas líneas sucesorias, con creación en cada una de ellas de una nueva cabeza de línea representada por los designados, de forma que, en lo sucesivo, los descendientes de la persona que constituyó esa cabeza de línea tienen derecho preferente a los de cualquier otra línea, aunque esa otra sea la prellamada, antes de que se hubiese llevado a efecto tal distribución, de donde resulta indudable el preferente derecho de los descendientes del favorecido sobre los descendientes del primogénito del que efectuó la distribución testamentaria. (STS de 11 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, don J. R. H. E., ejercitó acción de mejor derecho a título nobiliario contra don L. H. F. M., solicitando se declare su mejor derecho genealógico al título de Conde ..., frente al demandado, que lo viene poseyendo en virtud de sucesión; así como la invalidez de la rehabilitación operada a favor de don L. H y O., causante del demandado, tras quedar vacante el título, al declararse el fallecimiento del titular sin descendencia. Igualmente se solicita la invalidez de la distribución de títulos propuesta por don J. R. H. y G. C., en la que se otorgó a su segundo hijo, padre del fallecido sin descendencia, el título en litigio.

La parte demandada contestó alegando las excepciones de prescripción de la acción y falta de litis consorcio pasivo necesario, y, subsidiariamente, la declaración de su mejor derecho sobre el título.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó dicha sentencia desestimando, también, la apelación.

El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. R. D. R.)

**10. Asociaciones. Plazo de impugnación de acuerdos y actuaciones contrarios a los Estatutos.**—Según el artículo 40.3 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación, el plazo para impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que sean contrarios a los Estatutos es de cuarenta días. Se trata de un plazo de caducidad cuyo cómputo debe hacerse desde la fecha de adopción del acuerdo, según ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 15 de noviembre de 1993 y 12 de junio de 1992). La STS de 30 de octubre de 1989 se separa de la citada línea jurisprudencial, pues establece como *dies a quo* la fecha de notificación del acuerdo; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que a esta solución se llega por la especialidad del caso resuelto (expulsión de un socio de una sociedad deportiva) y la necesidad de evitar en el mismo la indefensión.

**Analogía. Requisitos de aplicación.**—Con arreglo al artículo 4.1 CC y a la doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación (SSTS de 21 de noviembre y 11 de mayo de 2000, 20 de febrero y 13 de octubre de 1998, 10 de mayo de 1996, 11 de mayo de 1995, 4 de junio de 1993, 12 de junio de 1990, 30 de marzo de 1987 y 2 de octubre de 1984, entre otras), los requisitos de aplicación de la analogía son tres: a) que la norma no contemple el supuesto específico, pero sí otro semejante; b) que entre ambos se aprecie identidad

de razón; y c) que no se trate de leyes penales, ni sancionadoras con pérdida de derechos.

**Aplicación retroactiva de una norma. Supuesto en el que no tiene lugar.**—La situación de retroactividad de una norma no tiene lugar cuando la aplicación de la norma es para el futuro y ni sanciona conductas pretéritas, ni afecta a situaciones o derechos adquiridos. (STS de 11 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 19 de enero de 1996, algunos miembros de la *Asociación Burgalesa del Taxi* (asociación que agrupa a diferentes empresarios que ejercen actividades económicas comprendidas en el servicio de transporte de viajeros por auto-taxi en la provincia de Burgos) interponen demanda contra la misma a fin de impugnar un acuerdo de la Asamblea General Ordinaria de 30 de noviembre de 1995 en virtud del cual se aprobaron dos modificaciones del Reglamento de Régimen Interno, consistentes en la obligación de los socios de no tener en horario de trabajo teléfono móvil o cualquier otro aparato que pueda suponer competencia desleal, siendo causa de baja del Radio Taxi (servicio prestado por la citada asociación) el disponer de este tipo de aparatos.

Contra la sentencia de la Audiencia declarando la nulidad de los acuerdos impugnados por vulnerar lo dispuesto en los Estatutos sobre la finalidad del Servicio de Radio-Taxi y los derechos de los asociados, interpone recurso de casación la *Asociación Burgalesa del Taxi*. (B. F. G.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**11. Recurso de apelación: efecto devolutivo y ámbito de conocimiento del órgano jurisdiccional de la segunda instancia; principio *tantum devolutum, quantum appellatum*.**—El efecto devolutivo del recurso de apelación significa que la *cognitio* del órgano jurisdiccional *ad quem* abarca todas las cuestiones, fácticas y jurídicas, del pleito que se hayan sometido al mismo por las partes, pues, aunque nuestro sistema procesal, a diferencia del de otros países, no reconoce la apelación plena, en el sentido de que no cabe plantear, salvo aspectos excepcionales, cuestiones nuevas (*pendente appellationem, nihil innovetur*), sin embargo permite, dentro de lo postulado (*tantum devolutum, quantum appellatum*; y apelación adhesiva), un nuevo examen del pleito (*revisio prioris instantiae*), tanto en lo que hace referencia a la fijación de los hechos, como a la cuestión jurídica; de tal modo que el órgano jurisdiccional *ad quem* se halla investido de los mismos poderes que el juzgador *a quo*.

**Prueba pericial: impugnación: prevalece el criterio del tribunal de instancia, salvo que sea arbitrario o ilógico. No constituyen prueba pericial los informes aportados por las partes.**—No es admisible en casación formular una descalificación genérica de la valoración de la pericial sin especificar en qué extremos concurre un defecto susceptible de verificación en

casación, pues es doctrina reiterada que debe prevalecer el criterio de la sentencia recurrida cuando no incida en conclusiones arbitrarias o ilógicas que conculcan las reglas de la sana crítica. Además, no cabe pretender desvirtuar un resultado fáctico deducido de varios medios de prueba mediante la impugnación de uno de ellos, resultando claramente improcedente atribuir valor de pericial a informes acompañados con el escrito de alegaciones que no tienen tal carácter, aunque hayan sido ratificados en período de prueba por el técnico que los expidió.

**Negocio de fijación: concepto y naturaleza, según la doctrina científica y jurisprudencial.**—El negocio de fijación jurídica (*Festellungsvertrag*; *negozio di accertamento*, en las terminologías alemana e italiana) responde a una función de fijación de la relación jurídica, y ha sido definido en la doctrina como aquél mediante el que las partes, por vía convencional, eliminan la incertidumbre y la controversia o evitan que pueda surgir. Destaca nuestra mejor doctrina que se trata de un negocio creador de una situación jurídica de derecho sustantivo: la situación fijada o acertada. Las partes en contemplación de una relación, o una pluralidad de relaciones jurídicas preexistentes, delimitan y precisan sus respectivas exigencias jurídicas, determinando el alcance, para el futuro, de sus respectivas obligaciones, con lo que dan certeza al ámbito de su interrelación de intereses. En la jurisprudencia predominan las sentencias que asimilan el negocio de fijación con los contratos reproductivos o reconocitivos (SSTS de 28 de octubre de 1944, 6 de junio de 1969, 9 de noviembre de 1974, 23 de junio de 1983, 15 de octubre de 1985, 22 de diciembre de 1986, 25 de mayo de 1987, 16 de febrero y 26 de marzo de 1990 y 30 de abril de 1999); aunque en algunas resoluciones (SSTS de 11 de abril de 1961, 18 de junio de 1962, 29 de octubre de 1964 y 5 de febrero de 1981) se aprecia un criterio más amplio que supone una aproximación a la orientación doctrinal con arreglo a la que mediante un negocio de fijación «no se trata de dar exclusivamente una mayor certeza probatoria, sino que se pretende la exclusión de pretensiones que surgen o pueden surgir de una relación jurídica previa ... por lo que tiene un alcance mucho mayor que la mera reproducción de un negocio en un documento».

**Negocio de fijación: efectos.**—Como consecuencia de quedar «fijada» la situación jurídica a través de este negocio, es apreciable, al menos por analogía (art. 4.1 CC), una consecuencia jurídica semejante a la que se mantiene por la jurisprudencia en aplicación del inciso primero del artículo 1.816 CC sobre transacción (figura jurídica muy similar a la del negocio de fijación, dentro de cuya órbita se sitúa por unos –STS de 18 de junio de 1962–, y se equipara por otros), de tal manera que no cabe traer a colación –exhumar– aquellas cuestiones (dudas, circunstancias o defectos) que quedaron zanjadas en virtud de lo convenido (SSTS de 3 de junio de 1902, 30 de marzo de 1950, 26 de abril de 1963, 14 de mayo de 1982, 20 de abril y 30 de octubre de 1989 y 6 de noviembre de 1993). (STS de 15 de marzo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *M. A. C., S. A.*, demandó a la también mercantil *V. U. C., S. A.*, en reclamación de cantidad. La demandada se opuso y reconvino solicitando la condena de la actora a efectuar determinadas reparaciones. En la resolución del pleito fue determinante la existencia de un documento-finiquito, otorgado por ambas partes, en el que se reflejaron las operaciones de liquidación de las relaciones contractuales existentes entre los litigantes, y en el que se

hizo figurar el saldo pendiente derivado de dichas relaciones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia Provincial de Pontevedra revocó la sentencia de instancia y estimó íntegramente la demanda originaria, desestimando la reconvencción formulada. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**12. Causa falsa como cuestión de hecho.**—Es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala (Sentencias de 14 de febrero de 1985, 14 de julio de 1986, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre de 1988, 23 de octubre de 1989, 19 de noviembre de 1990, 26 de febrero de 1991, 24 de febrero de 1992 y 4 de marzo de 1993, entre otras) la de que la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa está atribuida al Tribunal *a quo*, por ser, de naturaleza fáctica, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida invariable en casación, a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio probatorio adecuado para ello, lo que requiere la cita inexcusable del precepto que, conteniendo una norma valorativa de prueba, se considere infringida (S de 4 de febrero de 1995).

**Carga de la prueba de la inexistencia o la ilicitud de la causa.**—Este artículo atribuye al deudor la carga de probar la inexistencia y la ilicitud de la causa. La referencia al «deudor» ha de entenderse en sentido amplio dirigido a los interesados que tengan legitimación para instar la declaración de nulidad radical del negocio que sería la consecuencia jurídica producida por la falta de causa o su ilicitud. La invocación a la causa de la recurrente está fuera de lugar, pues no se trata de que se esté en presencia de una ilicitud o prohibición legal en los contratos que se desestima su pago, sino en la apreciación de los codemandados de la falta de consumación de los pretendidos contratos de préstamo.

**Carácter real del préstamo.**—El Código civil parece asignar carácter real tanto al préstamo de uso (comodato), como al préstamo de consumo (mutuo), puesto que en el artículo 1740 se menciona la entrega de la cosa como elemento de especial significación en la formación y perfección de los contratos de comodato y mutuo. La jurisprudencia ha interpretado este precepto en el sentido de considerar que la entrega de la cosa en estos contratos es uno de sus requisitos esenciales, juntamente con el consentimiento, objeto y causa (SSTS de 4 de mayo de 1943, 12 de febrero de 1946, 26 de febrero de 1957, 8 de julio de 1974 y 28 de febrero de 1983). La más reciente doctrina jurisprudencial insiste en el carácter real del contrato de préstamo, aunque alguna resolución no descarta la posibilidad del contrato consensual. La STS de 7 de octubre de 1994 declara que no puede tenerse por existente un préstamo de dinero e imponer la obligación de devolver determinada cantidad, si la entrega de numerario por el prestamista al prestatario no se ha realizado. Y la STS de 27 de octubre de 1994 afirma que el contrato de préstamo no nace por el mero consentimiento de las partes, sino por la recepción de la cosa, en el caso que nos ocupa, el dinero. (STS de 11 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—F. I. N. C. formalizó tres préstamos en documento privado con A. N. V. y F. O. V. en los que se establece la cantidad de

dinero que la prestamista les entregará. Posteriormente, F.I. N. C. formalizó otro préstamo en documento privado con A. N. V. y F. O. V. en el que se establece que les entrega la cantidad de 5.000.000 de pesetas en concepto de préstamo. Posteriormente, F.I. N. C. interpuso demanda contra los prestatarios, reclamando la devolución de las cantidades que decía haberles entregado en concepto de préstamo. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y establece que los demandados deben responder solidariamente del pago de los cuatro préstamos. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso formulado por los codemandados, ya que consideró que no se había producido la entrega de la cantidad de dinero en los tres primeros contratos. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

**13. Requisitos para la existencia de error sobre el objeto.**—El error *in re* recae sobre la cosa misma del contrato y actúa como invalidante del consentimiento. Tal como ha declarado esta Sala en repetidas ocasiones, la existencia de los vicios del consentimiento es un hecho sometido a la libre apreciación del tribunal de instancia, de modo que si éste no ha apreciado la existencia del error no corresponde al TS fijar su existencia. Para la existencia de un error es necesario que haya una equivocación sobre la sustancia de la cosa que es objeto del contrato y que esa equivocación no fuera evitable mediante una diligencia media de quien ha padecido el error. En el presente caso, es conocida perfectamente por las partes cuál era la situación de las fincas agrupadas y con una moderada y elemental atención hubieran podido evitar agrupar la finca litigiosa y mantenerla al margen como independiente. Si hubiesen actuado con la diligencia necesaria, el error se habría evitado. (STS de 30 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. y don M. agruparon ocho fincas de su propiedad, agrupación en la que incluían una finca que lindaba por el norte con la carretera nacional y por el sur con un camino. Posteriormente, dividieron esta finca en dos fincas distintas, que se aportaron a las sociedades *Alfombras Boyer* y *Alfombras Crevillente*. Don I. y don M. interpusieron demanda contra *Alfombras Boyer, S. A.*, *La Fabil Boyer, S. A.*; *Alfombras Crevillente, S. A.*, y otras dos compañías financieras, en la que solicitaban que se declarase que una de las fincas agrupadas (la que lindaba por el norte con la carretera nacional y por el sur con un camino) es de su propiedad y que la escritura pública en la que se realizaba dicha agrupación era nula parcialmente en lo referente a la agrupación de aquella finca. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Los demandantes recurrieron esta sentencia ante la Audiencia Provincial de Alicante, que desestimó el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el TS declara que no ha lugar. Según los demandantes, en el acto de agrupación de las fincas había existido un error en la sustancia de la cosa. El TS desestima el recurso porque considera que no fueron diligentes y que deberían haber conocido las circunstancias referentes a la situación de las fincas. (M. V. V.)

**14. Alcance de la interpretación *contra proferentem*.**—La doctrina de esta Sala por lo que se refiere a la regla de interpretación *contra proferentem* considera que es una aplicación concreta del principio básico de la buena fe en la interpretación negocial. Para su aplicación es necesario no sólo la redacción unilateral del contrato, sino, sobre todo, que la cláusula, el sentido de la cual se discute, sea oscura. Esta regla, sin embargo, no es rígida y para su aplicación se deben tener en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato, de modo que si de los términos del contrato se pueden deducir conclusiones que disipen la oscuridad presente, el artículo 1288 CC no será aplicado. Por tanto, si bien una cláusula del contrato padece de imprecisión jurídica, resulta perfectamente comprensible en lo esencial, gracias a la interpretación junto con los demás criterios hermenéuticos, de modo que no se le debe aplicar la regla de la interpretación *contra proferentem*.

**Aplicación de la regla de la interpretación literal.**—Según el artículo 1281 CC, si los términos de un contrato son claros y no dejan ninguna duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de las palabras. En el presente caso, si bien es cierto que los términos en que se pactó el arrendamiento no ofrecían dudas significativas, lo que sí que planteaba problemas era determinar si una cláusula del contrato hacía referencia al contrato de opción de compra o al arrendamiento de local. Por ese motivo, cabe indagar cuál era la voluntad común de los contratantes. Además, el artículo 1281 CC y la doctrina jurisprudencial establecen que los criterios interpretativos no son excluyentes entre ellos y el criterio sistemático se encuentra expresamente reconocido en el artículo 1285 CC. En base a esto, si bien la cláusula discutida se titula «Opción de compra», en los primeros apartados se hace referencia a los derechos contractuales de arrendatario y arrendador, de lo que se deduce que esta cláusula funciona como cláusula general relativa tanto al contrato de arrendamiento como al de opción de compra. (STS de 26 de abril de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña C. C. y don J. J. O. celebraron dos contratos, que formalizaron en un mismo documento. Uno de los contratos consistía en el arrendamiento de un local comercial para desarrollar la actividad de restaurante y bar. El segundo contrato establecía una opción de compra sobre aquel local a favor del arrendatario. En este documento se incluía una cláusula que establecía que don J.J. debía pagar una determinada cantidad alzada, estableciendo un pago fraccionado de dicha cantidad. Doña C. C. interpuso demanda en la que solicitaba el pago de la cantidad establecida en dicha cláusula o, alternativamente, la resolución del contrato de arrendamiento, así como que se declarase resuelta la opción de compra sobre el inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó. El demandado interpone recurso de casación porque considera que la cláusula en virtud de la cual se le reclama dicha cantidad hace referencia al contrato de opción de compra y no al de arrendamiento. El TS desestima el recurso porque considera que las cláusulas del contrato, si bien no eran totalmente claras, eran comprensibles en el conjunto y, además, la cláusula de cuya interpretación se duda se refiere también al contrato de arrendamiento. (M. V. V.)

**15. Defensor judicial. Contraposición de intereses.**—No hay contraposición de intereses entre la hija menor de edad donataria de unos bienes y su padre donante, cuando ambos son demandados por terceros que piden la nulidad o rescisión del contrato, pues tienen «sustancial coincidencia [de intereses] en que se declare la validez y eficacia» del negocio. No ha lugar.

**Defensor judicial. Oportunidad procesal para alegar el conflicto.**—No procede alegar esta circunstancia sólo en el escrito de conclusiones cuando previamente no se ha recurrido el auto que ha declarado a la menor en rebeldía. No ha lugar.

**Acciones de regreso entre fiadores.**—Nacen en el momento en que uno paga al acreedor en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra (art. 1844 CC). Sin este requisito, el cofiador que paga no está legitimado para repetir contra sus cofiadores ni tiene interés jurídico que le permita impetrar acciones de nulidad o revocatorias de contratos en los que no ha sido parte. Ha lugar.

**Obligaciones solidarias.**—Por especialidad de la norma, prefiere el artículo 1844.III CC, frente a las normas generales de las obligaciones solidarias (art. 1145 CC), en cuanto a los efectos del pago entre codeudores solidarios.

**Acciones de conservación del crédito.**—Sólo corresponden al acreedor (art. 1121 CC), calidad de la que carece el cofiador que paga sin haber sido requerido por demanda judicial ni hallándose el deudor en estado de concurso o quiebra (art. 1844 CC).

**Legitimación de terceros para impetrar la nulidad o inexistencia de un contrato.**—Sólo están legitimados los terceros a quienes el contrato perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual (STS de 5 de noviembre de 1990); o que tengan un interés jurídico en ello o, lo que es lo mismo, se vean perjudicados o afectados en alguna manera por el referido contrato (STS de 21 de noviembre de 1997 que cita la STS de 14 de diciembre de 1993). En el mismo sentido se invoca autoridad de las SSTs de 22 de octubre de 1916, 12 noviembre de 1920, 11 de enero de 1928, 12 de abril de 1945, 19 octubre de 1959, 31 de mayo de 1963 y de 29 de diciembre de 1970.

**Facultad del Tribunal para apreciar de oficio la legitimación del actor.**—Procede estimar de oficio la falta de acción de los demandantes cuando consta que no han pagado con los requisitos del artículo 1844.III CC (STS de 24 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**— Los demandantes son cofiadores solidarios que ejercitan acciones de nulidad (por simulación) y, subsidiariamente, de rescisión por fraude de acreedores de sendas escrituras de donación y de un contrato de compraventa, contra los transmitentes y sus causahabientes. Los demandados son marido y mujer y sus causahabientes, hijos de éstos, uno de ellos menor de edad. El marido ha donado a una hija una finca rústica, y a otra hija un piso, por sendas escrituras públicas. Una de las hijas es menor de edad. La mujer, con el consentimiento del marido, ha vendido al hijo, también por escritura pública, otra vivienda. Todas estas escrituras han accedido al Registro de la Propiedad. Ambos cónyuges se defienden por separado. El hijo alega falta de legitimación pasiva para ser emplazado en el juicio. Las hijas son declaradas en situación procesal de rebeldía y esta resolución no es recurrida durante el juicio.



El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara nula e inexistente por simulación la compraventa y rescindidas por fraude de acreedores las donaciones, debiendo procederse a la cancelación de las inscripciones registrales correspondientes. La Audiencia Provincial de Oviedo desestima el recurso de apelación interpuesto por la mujer y el hijo (el marido y la hija mayor de edad se adhieren a este recurso, pero no apelan), y confirma con costas la sentencia de primer grado. El TS hace lugar al recurso de casación. (M. S. R. P.)

**16. Ratificación contractual tácita.**—No se infringe el artículo 1259.º CC cuando por parte del *dominus* existe una aceptación contractual tácita (en este sentido, entre otras, las SSTs de 10 de abril de 1952, 10 de mayo de 1984, 12 de abril de 1996, 24 de octubre de 1997 y 18 de mayo de 1999). Dicha ratificación tácita puede apreciarse mediante la constatación de hechos concluyentes que necesariamente implican la aceptación por parte del mandante de lo realizado por el mandatario, que, cuando hace uso de la acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado y dota de validez al contrato. (STS de 10 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *JDR Consultores y Editores, S. L.*, promueve demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad *Aguas y Servicios del Huesna A. I. E.*, sobre reclamación de cantidad en pago de determinadas obras y servicios prestados. La demandada contesta alegando que nadie con poder bastante había realizado tal encargo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Recurrido el fallo por la demandante, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia, estimando plenamente la demanda. Tal fallo es impugnado de nuevo por la demandada, y el TS declara no haber lugar al recurso de casación. (S. E. M.)

**17. Solidaridad de deudores. Pago total del crédito por uno de ellos: extinción del crédito y derecho de regreso.**—Si paga el total de lo adeudado uno solo de los deudores solidarios, no se subroga en el crédito el que pagó, sino que se extingue el mismo, y para que no haya enriquecimiento indebido, el Código civil en el párrafo segundo del artículo 1145 concede un derecho de repetición a efectos de reclamar a cada uno de los codeudores la parte que le corresponda y los intereses del anticipo.

**El derecho de regreso: formas de ejercitarlo.**—El deudor solidario que pague (nuevo acreedor) da lugar al nacimiento *ex novo*, de tantos derechos de crédito a su favor como codeudores estaban obligados inicialmente y por las cuantías correspondientes a cada uno de ellos. Pudiendo acumular sus acciones y proceder contra todos en un solo procedimiento; o bien, interponer un procedimiento contra cada deudor, que, a su vez, podrá oponerle las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las personales, sin que perjudique lo actuado frente a los demás (STS de 4 de mayo de 1999). (STS de 11 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El actor y el demandado en el presente litigio fueron condenados en otro procedimiento, junto con una tercera persona, a indemnizar, con carácter solidario y sin atribución de cuotas, los daños y perjuicios ocasionados en un local sito debajo del que ellos tenían ocupado (en concepto de arrendatario del local causante del daño figuraba el demandado y como subarrendatarias se encontraban la actora y la tercera persona).

La actora, que había pagado el total del importe de la indemnización a que fueron condenados los tres, reclamaba aquí la cuota correspondiente al demandado. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y estimó parcialmente la demanda al obligar al demandado a pagar a la actora la mitad del total de la indemnización que en su día ésta había satisfecho. El TS da lugar al recurso de casación al rebajar la cuantía de la obligación a la tercera parte. (*I. D. L.*)

**18. Obligación mancomunada e indivisible. La celebración de un contrato de compraventa en el que los compradores adquieren de forma mancomunada e indivisible, exige el ejercicio conjunto de la acción ex artículo 1139.**—Más que una comunidad de bienes, lo que se constituye con el referido contrato de compraventa entre los compradores es una auténtica relación mancomunada e indivisible; lo primero, porque ambos compran sin que se exprese la solidaridad entre ambos —art. 1157 CC—. Mancomunidad, pues, que en principio debería ser por iguales partes —art. 1138 CC—, lo que permitiría la acción individual en pos al cumplimiento de lo pactado por cada uno de ellos. Mas no se olvide que esa mancomunidad funda un derecho sobre el objeto comprado que, por esencia, es indivisible; luego es cierto que se trata de una obligación mancomunada pero indivisible, por lo que la disciplina del artículo 1139 CC es insoslayable en el sentido de que se precisa la actuación conjunta de ambos titulares, sin que, como se sostiene *de contrario*, la pretensión deducida individualmente deba viabilizarse, porque beneficia al ausente, ya que es una obviedad que el objetivo de la acción deba no ser querido, por no beneficioso, por el ausente (tiempo transcurrido y suma cuantiosa pendiente de pago).

**Celebración de contrato de compraventa por varios adquirentes. No da lugar al nacimiento de una comunidad sobre el bien adquirido.**—No se está en presencia de una comunidad de bienes por no existir el objeto material en común que sería su contenido. Aun admitiendo que dicha comunidad se dé o recaiga en un derecho, a tenor del artículo 392.II CC, pues como tal derecho ha de entenderse el derecho de crédito a que se entregue la cosa comprada, o de reclamar entrega de la cosa si, previamente, se cumple con la obligación de pago; empero, incluso en esta visión comunitaria, la sanción del artículo 394 CC veda un ejercicio individual de la acción, por tratarse de actuación, en su caso, perjudicial para esa comunidad. (**STS de 31 de enero de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. H. L. presentó demanda contra la entidad I. H. E. C., solicitando se declarase la existencia de un contrato de compraventa celebrado entre la demandada, como vendedora, y don F. H. L. y don A. G. B., como compradores, de forma mancomunada e indivisa, sobre un finca propiedad de la primera, por

importe de sesenta y tres millones de pesetas, de las que se habían entregado cien mil pesetas a cuenta. Suplicando se condenase a la demandada a otorgar escritura pública y a recibir el precio en la forma pactada, así como a hacer entrega del objeto del contrato: los pisos; así como la devolución de las cantidades pagadas en tal concepto. El Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera apreció la falta de litisconsorcio activo necesario y absolvió en la instancia, dejando imprejuzgada la cuestión. La Audiencia Provincial de Cádiz entró a conocer del fondo del asunto y desestimó la demanda. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**19. Presunción de inocencia. Inaplicabilidad al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales.**—El principio constitucional de inocencia (art. 24.2 CE) ha de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, pues su inaplicabilidad como regla general se proyecta al enjuiciamiento civil de cuestiones sobre cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales (SSTC 52/1984, 72/1991 y 25 de marzo de 1991). (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Daviano N. interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, demanda contra la *Compañía de Seguros Ascat*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso presentado por don D. N. y estimó el formulado por la *Compañía de Seguros Ascat*. La representación procesal de don D. N. planteó recurso de casación, declarando el TS que no ha lugar a la casación. (N. D. L.)

**20. Resolución contractual, por vía judicial, según el artículo 1124 CC: ha de llevarse a cabo en demanda principal o reconvenzional y no por vía de excepción.**—La resolución contractual en aplicación del artículo 1124 CC debe ser declarada judicialmente siempre que no se haya acordado por las partes, sin que pueda oponerse por vía de excepción (STS de 1 de abril de 2000) a diferencia de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, sino que precisa reconvencción (STS de 15 de noviembre de 1999).

**La determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual es *quastio facti*.**—En consecuencia, sólo puede ser impugnada en casación por la vía adecuada en los casos en que sea atacable la valoración probatoria efectuada en la instancia (SSTS de 18 de octubre y de 24 de noviembre de 1999). (STS de 12 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la venta de unas máquinas, la vendedora demanda al comprador el precio de las mercancías vendidas y entregadas. El demandado en su reconvencción alegó que las máquinas no habían sido entregadas en el estado de calidad y funcionamiento pactado, ni se había prestado la garantía y asistencia comprometida, pero no ejercitó la acción resolutoria. Quedó proba-

do el impago del precio, la falta de identificación precisa de las máquinas defectuosas y la no reclamación por el demandado de su reparación dentro del período de garantía. La demanda prospera en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L)

**21. Resolución extrajudicial. Oposición de una parte a la resolución.**—En nuestro sistema jurídico la resolución contractual se produce extrajudicialmente. Sin embargo, viene reiterando la jurisprudencia de esta Sala que, si existe oposición de una de las partes contratantes, es preciso para que tenga lugar dicha resolución una declaración judicial de que es conforme a Derecho (SS, entre otras, de 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 30 de marzo de 1992, 15 de junio de 1993, 20 de octubre de 1994, 29 de diciembre de 1995, 8 de marzo de 1996, 9 de abril de 1998 y 15 de noviembre de 1999). Por otro lado, también es doctrina uniforme que la declaración judicial de resolución contractual requiere el ejercicio de la acción correspondiente en demanda, o reconvencción (SS de 19 de noviembre de 1994, 3 y 20 de junio de 1996, 20 de junio de 1998, 15 de noviembre de 1999, 1 de abril y 6 de octubre de 2000, 1 de diciembre de 2001 y 12 de febrero de 2002, entre otras).

**Exceptio non adimpleti contractus.**—No puede pretender el cumplimiento el contratante que no ha cumplido. En el caso, no hay una situación de incumplimiento por el arquitecto encargado del proyecto. El encargo, consistente en la elaboración de un Proyecto de viviendas familiares, comprendía cuatro fases, las tres primeras ya están cerradas, haciendo referencia el litigio a la cuarta. Con fundamento en lo sucedido en el desarrollo contractual en relación con las otras fases entiendo la sentencia del juzgado que el arquitecto presentaba el proyecto cuando *Golf del Sur, S. A.*, se lo solicitaba. En la cuarta fase el arquitecto no presentó la obra porque *Golf del Sur, S. A.*, no lo solicitó y, por tanto, no existe incumplimiento. (STS de 5 de abril de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El *Estudio Técnico ARQTE* se comprometió a elaborar un proyecto de viviendas unifamiliares en cuatro fases para la entidad *Golf del Sur, S. A.* El arquitecto de *Estudio Técnico ARQTE* presentó el proyecto de cada una de las tres fases al Colegio de Arquitectos para que fuese visado cuando el comitente lo requiriera. Posteriormente, *Golf del Sur, S. A.*, notificó a *Estudio Técnico, S. A.*, la resolución del contrato por no haberle presentado el proyecto correspondiente a la cuarta fase. *Estudio Técnico ARQTE* se opuso a la resolución y más tarde presentó el proyecto de la cuarta fase. El Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias y el *Estudio Técnico ARQTE, S. L.*, interpusieron demanda contra la entidad *Golf del Sur, S. A.*, en reclamación de la cantidad adeudada por la realización del cuarto proyecto, frente a la que la demandada opuso la *exceptio non adimpleti contractus*. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, ya que consideró que no había habido ningún incumplimiento por *Estudio Técnico ARQTE* porque su obligación de entregar el proyecto nacía en el momento en que la comitente lo hubiese solicitado, cosa que no llegó a hacer. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

**22. Extinción de contrato: efectos desde entonces.**—El Tribunal Supremo reitera el contenido de los artículos 1295, 1124, 1303 y 1123 del CC, así su propia doctrina y la postura científica mayoritaria sobre la extinción del contrato y sus efectos, que establece que ésta ha de provocar efectos *ex tunc*, no *ex nunc*, es decir, no desde el momento en el que se decide la extinción, sino retroactivamente desde la celebración del contrato. Esto provoca que se haya de volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido, con la consecuencia lógica de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos.

**Extinción de contrato y enriquecimiento injusto.**—Esta extinción, y la vuelta a la situación preexistente, no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que haya recibido del otro antes de la resolución, aunque sean parciales o inadecuadas, lo que provocaría un enriquecimiento injusto. Con ello se consigue el exacto reintegro de las cosas y su vuelta a la situación anterior, con la recíproca devolución de las cosas o de su valor que constituyeron las prestaciones mutuas de los contratantes. (STS de 5 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato de compraventa de 18 de marzo de 1983, formalizado entre don S. C. G., como vendedor, y don B. L. B. y doña R. G. F., como compradores, los segundos adquirieron un local comercial por el precio de 11.850.000 pesetas. Tras el pago del primer plazo, de 4.000.000 de pesetas, los compradores no abonaron al vendedor el segundo plazo, de 7.850.000 pesetas, por el incumplimiento del vendedor de las condiciones del contrato.

El vendedor demandó a los compradores, solicitando que se les condenase a la entrega de 7.850.000 pesetas más los intereses del 15 por 100 de 4.850.000 pesetas, junto a los intereses moratorios, perfeccionando la compraventa. Los demandados, tras oponerse a lo pedido en la demanda, solicitaron en demanda reconvenicional que se declarase la extinción del contrato, por el incumplimiento del vendedor, con el pago de la cantidad entregada a cuenta más el IPC desde el contrato hasta la presentación de la demanda. El Juzgado estimó la demanda. La sentencia fue recurrida en apelación a la Audiencia que estimó el recurso. El TS no da lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

**23. Recurso de casación en ejecución de sentencia. Inexistencia del efecto de cosa juzgada. Liquidación definitiva de los daños y perjuicios.**—En la fase de ejecución provisional no cabe recurso de casación, pero sí en la de ejecución definitiva (STS de 15 de noviembre de 1991). El hecho de que en la ejecución provisional no quepa el recurso de casación, el cual tiene una especial importancia en sede de ejecución definitiva, en orden a preservar la intangibilidad del fallo, es decir, la defensa de la sentencia contra las actuaciones practicadas en su ejecución (STS de 7 de abril y 5 de diciembre de 1997, 23 de marzo de 1998 y de 24 de octubre de 2000). No es conforme a derecho intentar el procedimiento liquidatorio de los artículos 928 y siguientes en sede de ejecución provisional, por corresponder la concreción de los daños y perjuicios (liquidación) a la fase de ejecución definitiva.

**Indemnización por imposibilidad de cumplimiento de la ejecutoria en forma específica.**—Cuando una sentencia condena a la indemnización de daños y perjuicios no cabe dejarla vacía de contenido, no concediendo cantidad alguna en tal concepto en fase de ejecución de sentencia, estableciendo como resultado final, a efectos prácticos, que los daños y perjuicios son ilusorios (STS de 9 de marzo de 1993).

**Indemnización de daños y perjuicios: no la puede integrar la simple devolución de la cantidad adelantada como parte del precio con sus intereses.**—Reducir la indemnización a la devolución de la parte del precio anticipada aunque sea con los intereses legales (además de que dicha devolución no constituye en sí una propia indemnización), contradice los preceptos legales relativos a la determinación de la indemnización de daños y perjuicios; y, lo que aquí es más relevante, el derecho al adecuado y efectivo cumplimiento de lo declarado en la sentencia. Ciertamente, cabría la posibilidad de que la devolución del precio anticipado con los intereses legales constituyera la solución del caso, pero no es la aquí aplicable porque no se da la hipótesis de culpa de ambas partes, ni de falta de culpa del ejecutado, al ser a él imputable la imposibilidad de otorgar la escritura de venta. También cabría argüir en orden a una falta de prueba de la existencia de daños y perjuicios, pero no cabe olvidar que el tema de su existencia corresponde, según reiterada jurisprudencia, al proceso declarativo y no al de ejecución, al cual sólo cabe remitir la cuantía y, en su caso, las bases, cuando una y otras no pueden fijarse en el juicio de declaración. (STS de 3 de abril de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Suscrito un contrato de promesa bilateral de compraventa, respecto de una finca con precio cierto, del que el promitente en compra entregó un millón de pesetas, quedó pendiente el abono de la suma restante para el momento de otorgarse la correspondiente escritura pública. Transcurrido el plazo acordado, don M. L. A., promitente en compra demandó la elevación del acuerdo a escritura pública o, subsidiariamente, lo dispuesto en el Libro IV del Código civil. En fase de ejecución provisional se declaró la obligación del demandado de abonar como indemnización de daños y perjuicios la cantidad de un millón de pesetas más intereses legales. Instada ejecución definitiva de la sentencia original, se solicita como liquidación de daños y perjuicios la cantidad de treinta y siete millones, que es aprobada por el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria. Recurrido dicho auto en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la resolución de instancia, por entender que se había producido el efecto de cosa juzgada. El TS revoca el auto de la Audiencia y da lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**24. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Inicio del cómputo de la acción.**—El enfrentamiento de criterios jurídicos para el cómputo de la acción rescisoria, por fraude de acreedores, debe solucionarse con fundamento en las siguientes premisas: a) Demandadas las dos partes de un contrato de compraventa de inmueble (contrato oneroso), esto es, vendedor y comprador, por supuesto *consilium fraudis* a los fines de que se declare su rescisión por fraude de acreedores, el adquirente comprador no puede beneficiarse, en principio, inscrita la titularidad en el registro, de la protección que se dispensa al

tercero, *ex* artículo 34 LH, pues, precisamente, su buena o mala fe resulta litigiosa. *b*) La demanda rescisoria no podrá prosperar, sin perjuicio de otras acciones indemnizatorias, si se establece finalmente que el adquirente, a título oneroso, actuó de buena fe y, por ello, sin obligación de devolución de la cosa según los artículos 1295 y 1298 del CC. *c*) El subadquirente (o adquirente de quien adquirió del deudor) si es adquirente de buena fe, se halla protegido por el párrafo segundo del artículo 1298 CC. El subadquirente, aún inscrita la adquisición del inmueble, en el Registro de la Propiedad, no se halla protegido, como tercero, conforme al artículo 37 LH en los supuestos previstos por el número cuarto, letras *a*) y *b*), que son, precisamente, los afectados por el segundo párrafo del número cuarto del artículo 37 de la LH.

A la luz de los precedentes postulados, debe concluirse que la regla del artículo 37 LH es aplicable a los subadquirentes en los supuestos reseñados y en los términos que se han explicado, de manera que el cómputo de cuatro años de la acción rescisoria ha de iniciarse «desde el día de la enajenación fraudulenta». Se establece, por tanto, una regla especial, limitada a los casos cuyo objeto y sujetos se han especificado. En los demás casos, se sigue, en definitiva, la norma general del artículo 1969 del CC, interpretada jurisprudencialmente, según el criterio de que la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquella se funda. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La sociedad *Landesbank Rheinland-Phalz* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Elche, en la que se solicitaba la rescisión por fraude de acreedores de la venta de una finca y un chalet hecha por parte de T.W. H. S. a su compañera sentimental, I. L. M. La demanda fue desestimada en primera instancia al considerar la caducidad de la acción ejercitada, puesto que habfan pasado más de cuatro años entre la fecha de la enajenación fraudulenta y el día de la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recuso de apelación presentado por la sociedad *Landesbank Rheinland-Phalz* considerando, por el contrario, que la acción no había caducado. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—La presente sentencia sigue una ya consolidada doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en las SSTS de 16 de febrero de 1993 (RJ 1993/774) y 1 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8772) en la que se considera que el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años de la acción de rescisión por fraude de acreedores debe empezar desde el momento en que la víctima tiene conocimiento del daño patrimonial. Sin embargo, la sentencia que se comenta hace una excepción a esta doctrina, considerando que tratándose de subadquirentes, el cómputo del plazo de la acción será desde el día de la enajenación fraudulenta por imperativo del artículo 37.4 LH y no desde el día en que se conoció el daño patrimonial. Parece que con la presente sentencia se ha establecido definitivamente un criterio estable de interpretación del artículo 1299 CC, que como es sabido, difiere del criterio tradicional seguido por el TS anteriormente. (Véase una exposición de las diferentes tendencias sobre este tema en Francisco Javier ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por*

*fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 103-105). (A. S. C.)*

**25. Subsidiariedad de la acción de rescisión por fraude de acreedores. Debe acreditarse la insolvencia del deudor.**—La S de 3 de octubre de 1995, aducida en el motivo, ha mantenido, con cita en la precedente de 7 de diciembre de 1989, que tratándose de obligación solidaria entre codeudores, la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin precisar actuación contra el patrimonio del deudor y como consecuencia, el acreedor, no tiene que probar la insolvencia de los restantes deudores. Pero, sin desconocer tal doctrina, resulta irrelevante, habida cuenta que la sentencia *a quo* declara, con carácter de dato fáctico y de hecho probado e inatacable en esta vía casacional, «que el 13 de febrero de 1992 recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, por la que se ordenó seguir adelante la ejecución despachada contra *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.*, designando la entidad ejecutante, *Banco Pastor, S. A.*, entre otros bienes la finca registral núm. 49001...». En definitiva, que *Sodeco* tenía otros bienes y ello torna irrelevante el tema de la solidariedad. (STS de 19 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Pastor, S. A.*, designó, entre otros bienes, una finca situada en Madrid en el proceso ejecutivo seguido contra las entidades mercantiles *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.* La entidad de seguros *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* avalaba numerosas operaciones que suscribieron *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.*, pero al mismo tiempo *Sodeco, S. A.*, intervino como avalista solidario de *Uribitarte, S. A.*, ante *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* Debido al alto riesgo asumido por la entidad aseguradora a consecuencia de la elevada cuantía de las operaciones, *Sodeco, S. A.*, constituyó escritura de hipoteca a favor de *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* pero el bien hipotecado era uno de los que designó el *Banco Pastor* en el proceso ejecutivo que seguía contra *Sodeco, S. A.*, y *Uribitarte, S. A.* Interpuesta demanda sobre rescisión de contrato de constitución de hipoteca por el *Banco Pastor, S. A.*, contra *Sodeco, S. A.*, y *Fianzas y Crédito, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en todos sus extremos excepto lo relativo a costas. Interpuesto recurso de casación por el *Banco Pastor, S. A.*, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

**26. Tercería de mejor derecho. Doctrina jurisprudencial sobre preferencia de créditos.**—La jurisprudencia de esta Sala declara la preferencia del crédito fundado en póliza de arrendamiento financiero cuya fecha sea anterior al cierre y liquidación de la póliza de crédito confrontada, y ello porque «en el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se ha pacta-



do su amortización en plazos». (SSTS de 7 de abril de 2000 y 8 de mayo de 2001 con cita de las de 13 de marzo de 1995, 9 de noviembre de 1998 y 7 de abril de 2000).

**Tercería de mejor derecho. Imposibilidad de alegar nulidad del título del tercerista cuando no sea cuestionada la existencia del contrato.**—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala permite al demandado-ejecutante en las tercerías oponer la nulidad del título del tercerista, no lo es menos que esta nulidad oponible será la fundada en inexistencia del correspondiente negocio jurídico por simulación u otras razones que puedan implicar confabulación entre tercerista y ejecutado o fraude en perjuicio del ejecutante, pero no la fundada en condiciones del propio contrato que puedan resultar especialmente gravosas para el demandado ejecutado siempre que la existencia del contrato en sí mismo sea incuestionable. Esta limitación, que ya se desprendía de la regulación de las tercerías en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 y de la jurisprudencia de esta Sala, aparece hoy muy explícitamente reflejada en el artículo 620.1 de la nueva LEC. (STS de 3 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Lico Leasing, S. A.* interpuso demanda de tercería de mejor derecho contra la mercantil *Banco Popular Español, S. A.*, J. M. M. y su esposa A. R. M. La demanda se fundamentaba en la preferencia de la póliza de arrendamiento financiero formalizada por *Lico Leasing, S. A.* a J. M. M. y a su esposa, respecto a la póliza de crédito suscrita entre el *Banco Popular Español* y el matrimonio demandado. La póliza de arrendamiento financiero tenía fecha de 23 de octubre de 1991 y se practicó la liquidación en fecha 16 de julio de 1993. La póliza de crédito fue formalizada el 14 de agosto de 1992 y liquidada el 8 de junio de 1993. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda considerando que la liquidación de la póliza de arrendamiento financiero es posterior a la de la póliza de crédito. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación presentado por la entidad *Lico Leasing, S. A.* y el TS declara no haber lugar al recurso de casación al considerar que la preferencia del crédito de la entidad arrendadora del *leasing* viene determinada por la fecha anterior de su póliza, respecto a la fecha de liquidación de la póliza de crédito del banco. (A. S. C.)

**27. Tercería de mejor derecho. Prelación de créditos. Contrato de *leasing* frente a contrato de apertura de crédito.**—La jurisprudencia tiene declarado que en los créditos documentados mediante póliza de crédito, no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la prelación de créditos, sino la de fijación fehaciente del saldo exigible, para lo que no basta su nacimiento, sino que precisa que el mismo sea exigible, por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras la exigibilidad, es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente, y, que no se debe dar preferencia al crédito que consta en escritura y que ha ido a la ejecución, en base a la mensura exclusiva de la fecha de las sentencias ejecutivas cuando los acreedores han embargado, por ello, un mismo bien del deudor. Con la base antedicha, hay que proclamar, entonces, que la póliza que plasma el contrato de *lea-*

*sing* es el que debe gozar de preferencia, en el caso de autos, ya que dada la naturaleza la deuda queda predeterminada con exactitud en su contenido, pudiéndose hablar perfectamente de una cantidad líquida exigible. Cualidad de la que no goza el contrato de apertura de crédito que exige una liquidación, ya que en ella se parte de la base de una absoluta iliquidez hasta que no se proceda al cierre definitivo de la cuenta. (STS de 31 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *BBV Leasing, S. A.* formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Palma de Mallorca demanda contra el *Banco Comercial Español, S.A.*, y don M. A. P. Ll. sobre tercera de dominio. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó la sentencia recurrida declarando el mejor derecho de *BBV, Leasing, S. A.* frente al *Banco Comercial Español, S. A.* El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**28. Cesión de crédito y cesión de contrato.**—No se debe confundir la cesión de un crédito nacido de un contrato sinalagmático con la cesión de un contrato, porque para la validez de la cesión de un crédito no es necesario el consentimiento del deudor cedido, sino que el conocimiento del deudor cedido sólo tiene como objeto evitar que pague al cedente y se libere.

**Resolución de contrato y cesión de crédito.**—Respeto a la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, esta Sala entiende que la eficacia de la resolución del contrato de donde nace el crédito cedido no está sujeta al consentimiento del cesionario. Además, el deudor cedido no puede ver limitados sus derechos, acciones y facultades contractuales por una cesión del crédito ya que el conocimiento del deudor de la cesión lo único que hace es cambiar el destinatario del pago. Por tanto, es lícito que el deudor cedido oponga al cesionario, cuando éste reclame el cumplimiento de la deuda, la inexistencia del crédito motivada por la resolución unilateral del contrato. El deudor cedido y el cesionario no están unidos por ningún contrato, ya que sólo existía un contrato que era el que unía al deudor cedido con el cedente. Por este motivo, el deudor cedido sólo resuelve respecto al cedente, ya que es con él con quien le unía una relación contractual y si entre deudor cedido y cesionario no hay una relación sinalagmática no se puede ejercer entre ellos la facultad resolutoria del artículo 1124 CC. Sin embargo, la resolución por incumplimiento es una excepción que puede oponer el deudor cedido al cesionario cuando éste le reclame el cumplimiento de la deuda. Además, no es necesario que la resolución del contrato por incumplimiento sea declarada judicialmente, sin perjuicio que si no es aceptada, los tribunales puedan apreciar si se hizo bien o no.

**Carga de la prueba del hecho extintivo.**—Respecto a si la voluntad de los contratantes era la de pagar los servicios a medida que se fueron efectuando, debe ser el deudor cedido el que pruebe que las facturas endosadas al cesionario hacían referencia a un pago anticipado de los servicios. Al cesionario sólo le corresponde probar que existió una cesión del crédito. Es el deudor cedido, que tiene la facultad de oponerse al pago exigido al cesionario, quien tiene la carga de la prueba del hecho extintivo según el artículo 1214 CC. Por tanto, el deudor cedido debe probar que lo que se contrató no era la prestación de servicios profesionales de trato sucesivo, sino la ejecución de una

obra. Si se contrató la ejecución de una obra, el incumplimiento frustra el fin del contrato, de modo que la resolución tendría eficacia retroactiva. En cambio, si se tratase de una prestación de servicios profesionales, la resolución del contrato no implica que las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento deban ser restituidas, de modo que la resolución sólo afecta para el futuro. (STS de 15 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*RTVE* celebra con *Summa Consulting, S. A.*, dos contratos en virtud de los cuales *Summa Consulting* se obliga a realizar el desarrollo y gestión de un sistema de gestión de producciones ajenas a *RTVE*. En ambos contratos se establecieron las fases que formarían el trabajo y se fijó un precio alzado para cada una de las fases, pero no se pactó nada sobre la forma de pago del precio a *Summa Consulting, S. A.* Ésta entregó varias facturas a *RTVE* por honorarios profesionales y las endosó a *Banco Pastor*, notificándolo a *RTVE*, que, según lo que consta en ellas, tomaba razón del endoso. *RTVE* no pagó todas estas facturas. *RTVE* comunicó al *Banco Pastor* que el contrato con *Summa Consulting* había sido resuelto por causas no imputables a *RTVE* y que las facturas endosadas por *Summa Consulting* no serían abonadas. *Banco Pastor* demandó a *RTVE* reclamándole el pago de las cantidades debidas. Esta demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. La demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que fue desestimado. *Banco Pastor* interpone recurso de casación ante el TS porque considera que la resolución del contrato entre *RTVE* y *Summa Consulting* no fue consentida por *Banco Pastor* y no había sido hecha judicialmente. Además, considera que correspondía a *RTVE* probar que las facturas emitidas por *Summa Consulting* se referían a anticipos de los servicios que debía prestar esta última empresa. El TS desestima el primer motivo del recurso pero estima el segundo, ya que entiende que en virtud del artículo 1214 CC le corresponde a *RTVE* probar que las facturas endosadas no se referían a servicios ya prestados, sino a servicios futuros.

NOTA.—En esta sentencia, el TS se plantea la cuestión de si el cedente, una vez que ha ejercitado la facultad resolutoria, se puede oponer al pago de la deuda reclamada por el cesionario. El Código civil no prevé qué excepciones puede oponer el deudor cedido frente al cesionario, sino solamente los casos en que el deudor puede oponer la compensación de su deuda con un crédito que tenía frente al cedente (art. 1198). Según la doctrina, se debe distinguir entre las excepciones objetivas y las personales (véase Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. vol II, «Las relaciones obligatorias». Madrid, Cívitas, 1993). Si la excepción es objetiva, el deudor la puede oponer al cesionario aunque haya conocido y consentido a la cesión. En cambio, si la excepción es personal, el deudor sólo podrá oponerla al cesionario cuando no hubiera consentido a la cesión de forma expresa o tácita. Se considera que hay consentimiento tácito si el deudor no se opone a la cesión o no reserva sus excepciones cuando se le ha notificado dicha cesión. Según el TS, en este caso, la resolución del contrato es una excepción de carácter objetivo, de modo que el deudor cedido (*RTVE*) puede oponerla

aunque hubiera habido un consentimiento tácito a la cesión, consentimiento que existe porque una vez se le ha notificado la cesión, no se opone a ella, sino que toma razón del endoso. (M. V. V.)

**29. Concepto de promesa bilateral de compraventa.**—Según ha declarado en repetidas sentencias esta Sala la esencia de la promesa de la compraventa radica en diferir para un momento posterior la perfección y entrada en vigor del contrato proyectado, de modo que hasta su perfección las partes sólo quedan obligadas a obligarse. El precontrato sólo contiene el proyecto del futuro contrato.

**Tipos de promesa bilateral de compraventa.**—Corresponde a las partes establecer si nos encontramos ante un contrato perfecto de compraventa o ante una promesa bilateral de compraventa, voluntad que se manifiesta a través de los pactos que han constituido sus relaciones recíprocas. Sin embargo, es cierto que las promesas bilaterales de compraventa no siempre presentan las mismas estipulaciones, ya que a veces las partes dejan para el futuro tanto la propia obligación de celebrar el contrato definitivo como la total determinación de los elementos de dicho contrato. En este caso, el incumplimiento sólo puede conducir a la exigencia por la parte dispuesta a cumplir de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido suponer. Pero en otros supuestos son las mismas partes las que demuestran su decidida voluntad, a través de prever todos los detalles, de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que en ese momento, por diferentes circunstancias, no pueden celebrar. En este último caso, si una de las partes incumple lo que prometió, la otra está facultada para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa sino también del contrato definitivo.

**Requisitos del contrato de compraventa.**—Según el artículo 1445 CC, las características del contrato de compraventa son, en primer lugar, que se trata de un contrato consensual, de modo que se perfecciona por el simple consentimiento, tal como se deduce de la expresión «se obliga» y del artículo 1450 CC, que establece que la venta se perfecciona entre comprador y vendedor si se hubiese pactado la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ninguna de las dos cosas se hubiese entregado. En segundo lugar, es un contrato bilateral, ya que de él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes. En tercer lugar, es un contrato oneroso, dada la correspondencia entre las contraprestaciones de las partes. Y, finalmente, es un contrato traslativo de dominio, ya que sirve de título para adquirir el dominio de la cosa vendida, de conformidad con la doctrina del título y del modo. Si en el documento privado objeto de litigio se fija la cosa objeto de la compraventa, el precio y la forma de pago, se puede decir que este documento contiene todos los requisitos necesarios para ser considerado como contrato de compraventa, de modo que la compraventa quedó perfeccionada y es vinculante. (STS de 3 de junio de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don G. J. B. y don M. M. C., junto con sus esposas, constituyeron una sociedad, de la cual ambos fueron nombrados administradores. Una vez acordada la disolución de esta sociedad, se decidió vender una nave propiedad de la sociedad a don G. Este contrato de compraventa constaba en un documento privado. Fijados día y hora para el otorgamiento de escritura pública, no compa-

recieron en este acto ni don M. ni su esposa. Don G. demandó a don M. y su esposa, solicitando que se declarase que el contrato de compraventa celebrado en documento privado era válido y debía ser cumplido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Los demandados recurrieron esta sentencia ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que estimó el recurso de apelación interpuesto al considerar que se trataba de una promesa bilateral de compraventa. Don G. interpone recurso de casación ante el TS, que lo estima. El TS considera que como en el documento privado se establecía claramente la cosa objeto del contrato, el precio y la forma de pago, dicho documento contenía todos los requisitos exigidos para ser considerado contrato de compraventa. (*M. V. V.*)

**30. Compraventa de cosa cierta: no incluye construcciones que no aparecen mencionadas en la delimitación descrita.**—Si el contrato de compraventa tiene por objeto una cosa cierta y determinada, con una concreción tal que el mismo contiene las previsiones tales que permiten la determinación definitiva del objeto sin necesidad de nuevos acuerdos, se ha de estar al contenido del contrato, sin que se pueda incluir en el mismo construcciones u objetos que no queden reflejados en el contrato originario.

**Interpretación de los contratos en casación.**—Según reiterada y consolidada jurisprudencia, la interpretación de los contratos es cuestión encomendada a los tribunales de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación salvo que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la Ley, o haya existido manifiesta equivocación. (**STS de 8 de marzo de 2002**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Mediante contrato privado de 17 de abril de 1993, doña S. C. M. vende a don F. A. C. una casa cortijo. Posteriormente, al pagar el segundo plazo de la venta, surgió la controversia sobre la extensión del citado cortijo, razón por la cual la vendedora demanda al comprador para que le abone los ocho millones quinientas mil pesetas del resto del precio del cortijo, no abonado hasta el momento. El demandado se opuso y formuló reconvenición en la que solicitaba se declarase vendida en el contrato privado la casa cortijo y el patio y la nave para ganado del mismo, así como que se condenase a la demandante a otorgar escritura pública de la compraventa tan pronto como se le pagase la citada parte del precio. El Juzgado estimó la demanda en su totalidad al declarar vendida la casa cortijo y sus anexos, pero sin incluir patio ni nave para ganado, condenando al demandado a abonar el precio sin condiciones de otorgamiento de escritura pública. La sentencia fue recurrida en apelación por el demandado. La Audiencia estimó el recurso sólo en lo relativo a la obligación de la vendedora de otorgar escritura pública. El TS no da lugar al recurso de casación. (*L. A. P. M.*)

**31. Resolución de contrato de compraventa por incumplimiento por falta de pago del precio: efectos.**—La falta de cumplimiento de la obligación principal del comprador en un contrato de compraventa, la del pago del precio, motiva, sin lugar a dudas, la posibilidad de la petición de resolución del contrato por parte del vendedor. La resolución provoca la vuelta al *statu quo* anterior;

se extinguen las obligaciones con efecto retroactivo y se devuelve el precio parcialmente pagado, condenando al vendedor incumplidor a abonar al comprador la indemnización de daños y perjuicios que consiga acreditarse, sin que, evidentemente, se produzca el traslado de la propiedad del objeto de la compraventa de vendedor a comprador. (STS de 18 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato de compraventa don H. F. M. adquirió las acciones de una sociedad mercantil por un precio cierto. El comprador pagó inicialmente una escasa cuantía en relación con el total.

El comprador demandó a los vendedores y accionistas de la entidad mercantil, solicitando la perfección del contrato y que se obligue a los vendedores a otorgar escritura pública de la compraventa. Los demandados, tras oponerse a lo pedido en la demanda, solicitaron en demanda reconvenicional se declarase la extinción del contrato, por el incumplimiento del comprador de su obligación de pago, además de la condena a éste de la indemnización de daños y perjuicios pertinente. El Juzgado desestimó la demanda y estimó la reconvenición al declarar resuelto el contrato y condenar al comprador a la indemnización de daños y perjuicios que se establecería en ejecución de sentencia. La Audiencia desestimó el recurso del demandante. El TS no da lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

**32. Resolución de contrato de compraventa (art. 1124 CC). Incumplimiento de las obligaciones del vendedor: los compradores no están obligados a aceptar una prestación defectuosa que hace al objeto del contrato inhábil para el fin perseguido (viviendas con defectos constructivos no aptas para su habitabilidad).**—Los compradores de viviendas no tienen obligación de aceptar, como cumplimiento del vendedor, unas viviendas que necesitan ser reparadas para que cumplan su función. Por tanto, los compradores tienen el derecho a rechazar una entrega de viviendas que no son aptas para su habitabilidad, y no tienen obligación de soportar la reparación de defectos de lo mal ejecutado para que exista habilidad del objeto adquirido, si en el examen de las viviendas antes a su aceptación se han observado esos defectos. (STS de 12 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil vendedora de unas viviendas en construcción demandó a dos compradores para que cumpliesen los contratos privados de venta. Los dos compradores al contestar a la demanda formularon reconvenición solicitando la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento. El Juzgado estimó en lo sustancial la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primer instancia y estimó la reconvenición. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

**33. No aplicación del artículo 1594 CC al contrato de compraventa.**—El artículo 1594 CC establece que el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener

de ella. Precepto legal aplicable al contrato de obra y sin referencia alguna al contrato objeto de autos, que es un contrato de compraventa, relacionando el motivo del recurso este precepto inaplicable con el artículo 1124 CC, con olvido de que no cabe acumular en un mismo motivo la infracción de preceptos dispares (S de 22 de julio de 1992).

**Compatibilidad de los artículos 1124 y 1504 CC.**—El artículo 1124 está estrechamente ligado al artículo 1504, ya que ambos son compatibles y el segundo una especialidad del primero (S de 7 de marzo de 1983), teniendo en cuenta la concordante doctrina de que, pese al requerimiento y a la voluntad resolutoria del vendedor, ha de sopesarse si el comprador ha mostrado o no esa voluntad de incumplir (S de 22 de marzo de 1985). La sentencia impugnada tiene en cuenta que los artículos 1124 y 1504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan en el sentido de que la regla con carácter general para toda clase de obligaciones que contiene el primero hace explicación de modo específico y concreto del segundo cuando se trata de bienes inmuebles. Esto significa que el resultado resolutorio que contempla el artículo 1504 CC exige concurrencia de los requisitos que para el ejercicio de la del 1124 CC exige la jurisprudencia. Uno de estos requisitos es que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones por ella contractualmente asumidas, pues según la jurisprudencia no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones (SS de 17 de septiembre de 1985 y 21 de septiembre de 1993).

**Resolución del contrato de compraventa por incumplimiento por el vendedor de la obligación de entregar la cosa.**—En la sentencia impugnada se acredita tanto el cumplimiento de sus obligaciones por el comprador, con la entrega de la parte del precio convenido, como la pertinaz insistencia del vendedor en negar la entrega de la cosa vendida, con alegaciones impositivas que la sentencia soberanamente no ha estimado probadas. Tanto para los supuestos del ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa contemplada en el artículo 1504 CC, en el supuesto de venta de bienes inmuebles, como el que con carácter genérico atorga al artículo 1124 CC, en el caso de obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida no basta un simple retraso en el incumplimiento 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 trascendente importancia pueda justificar la resolución (S de 20 de noviembre de 1984). (STS de 31 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—M. B. C. formalizó un contrato privado de compraventa de un local comercial con J. A. C. por el precio de 7.250.000 pesetas. J. A. C. entregó al vendedor la cantidad de 4.400.000 pesetas, quedando por entregar 2.850.000 pesetas. M. B. C. no entregó al comprador la posesión del inmueble y no elevó el contrato a escritura pública. J. A. C. interpuso demanda contra M. B. C. solicitando que se declarase la obligación del demandado de elevar el contrato a escritura pública y de entregar la posesión del local, contra el pago de la cantidad de 2.850.000 pesetas que había quedado pendiente, o subsidiariamente, que se declarase resuelto el contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el demandante porque el vendedor había incumplido con sus obligaciones. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

**34. Resolución del contrato de compraventa (arts. 1124 y 1504 CC): incumplimiento inequívoco y objetivo (impago del 90 por 100 del precio); impago prolongado, duradero e injustificado; frustración del fin económico-jurídico del negocio.**—La resolución a tenor de los artículos 1124 y 1504 CC no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase *actitud deliberadamente rebelde* al incumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

Es aconsejable la resolución en los contratos en que concurra el impago prolongado, duradero e injustificado, o quede frustrado el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, o bien, es aconsejable, mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa. (SSTS de 24 de octubre de 1990, 30 de julio de 1997 y 22 de febrero de 2002)

**Notificación resolutoria del artículo 1504 CC: naturaleza (acto obstativo al pago y declarativo de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato) y consecuencias.**—La jurisprudencia relativa al artículo 1504 CC contempla el requerimiento al deudor como un acto que impide el pago y declara la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato (SSTS de 2 de diciembre de 1993 y 25 de febrero de 2002), de modo que sólo queda abierta la posibilidad de pagar en tanto no haya requerimiento propiamente resolutorio (SSTS de 16 de marzo de 1995 y 25 de febrero de 2002, entre otras). (ST de 11 de marzo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Mediante dos contratos de compraventa celebrados en documento privado el mismo día, una entidad mercantil compró tres parcelas a dos personas que eran hermanas. A la firma de los contratos la compradora pagó el 10 por 100 del precio total y tomó posesión de los inmuebles. Se acordó que el resto del precio se completaría al escriturar las fincas a nombre de la compradora; también, los contratantes se obligaron a elevar los referidos documentos a escritura pública tan pronto como lo requiriese la compradora. Después de dos meses de las ventas, la compradora envió una carta a las vendedoras en la que le decía, que tan pronto como se aprobase el Plan Parcial que afectaba a los terrenos, lo que parecía inminente, se procedería a escriturar y abonar el 100 por 100 de las cantidades aplazadas. El Plan se aprobó tres meses y medio más tarde. Posteriormente, transcurridos treinta y cinco días de la citada aprobación, las vendedoras requirieron notarialmente a la compradora y dieron por resuelto el contrato. Como consecuencia de lo anterior, las vendedoras promovieron demanda para la resolución de los referidos contratos contra la entidad mercantil, la cual se opuso y reconvino para solicitar que las vendedoras escrituraran las ventas. El Juzgado acogió la demanda y rechazó la reconvención, y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)



**35. Contrato de suministro.**—El contrato de suministro es un contrato por el cual una de las partes se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra u otras, prestaciones periódicas y continuas y que tiene como función la satisfacción de necesidades continuas para atender al interés duradero del acreedor.

**Diferencias entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa.**—El contrato de compraventa no se puede identificar con el de suministro, aunque tenga algunas afinidades con este contrato. De acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, el contrato de suministro se rige por lo que hayan previsto las partes y en su defecto por la normativa de la compraventa. Una de las diferencias básicas entre la compraventa y el contrato de suministro es que mientras en la compraventa la cosa vendida se entrega de una vez o en actos distintos, en el suministro la entrega se cumple de forma sucesiva y en él una de las partes se obliga a la entrega de las cosas y la otra al pago del precio en entregas y pagos sucesivos y períodos determinados o determinables.

**Indemnización de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento.**—Tal como ha declarado esta Sala en repetidas ocasiones, es necesaria la existencia de daños y perjuicios para que sea procedente la indemnización prevista en los artículos 1101 y 1106 CC. (STS de 23 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fertisac, S. L.*, y *Dainsa Fertilizantes, S. L.*, celebraron un contrato en virtud del cual *Fertisac* debía entregar una determinada cantidad de fertilizantes y abonos a la otra empresa. Aunque los pedidos se habían realizado en agosto, las primeras entregas no se produjeron hasta octubre y aunque los productos entregados no coincidían exactamente con los de los pedidos, *Dainsa Fertilizantes* los retiró sin manifestar ninguna queja y realizó un primer pago. Posteriormente, *Dainsa Fertilizantes* hizo otro pago a *Fertisac*, quedando aún por pagar una determinada cantidad del precio. *Fertisac, S. L.*, interpuso demanda contra *Dainsa Fertilizantes* en la que le reclamaba el pago de esta suma. *Dainsa Fertilizantes* formuló reconvencción contra dicha demanda y solicitó que *Fertisac* le abonase la suma que le debía por no haberle entregado los productos que había pedido así como una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la falta de suministro. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero estimó parcialmente la reconvencción y condenó a *Fertisac* a pagar una cantidad de dinero. *Fertisac* interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Granada. *Dainsa Fertilizantes* interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial porque considera que *Fertisac* ha modificado unilateralmente las condiciones del contrato y que la Audiencia Provincial no reconoce la existencia clara de un contrato de suministro. El TS estima que no se trata de un contrato de suministro propiamente, sino de un contrato de compraventa donde las partes van modificando sus acuerdos. (M. V. V.)

**36. Donación. Requisito de entrega simultánea: entrega de cheques equivale a entrega de dinero.**—La entrega de cheques equivale a la entrega de dinero, pues se impone la flexibilización de la letra del párrafo II del artículo 632, que exige la entrega simultánea, por la realidad social, en cuanto que las donaciones de dinero se materializan en la realidad y así se percibe por cualquiera por la entrega de cheque contra la cuenta del donante; sin que sea obstáculo que el cheque esté librado contra tenedor para pago a favor del donatario, aunque no esté librado a favor de éste o al portador; y ya que, en definitiva, el cheque se supone racionalmente entregado de una forma u otra al donatario, con lo que se cumple la prevención legal de entrega simultánea. (Sentencia de 15 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. P. T. y doña P. P. G. presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid, demanda contra don P.A. P. P. y doña M.T. A. G. por reclamación de cantidad. La Sección vigésimo primera de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**37. Donación de inmueble encubierta bajo la apariencia de una compraventa formalizada en escritura pública: validez de la donación.**—La jurisprudencia del TS ha sido vacilante en orden a admitir la eficacia de la donación disimulada, bajo la apariencia de una compraventa simulada. No obstante, las últimas sentencias de esta Sala, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto, han aceptado la validez de dichas donaciones, cuando en el contrato disimulado (la donación de inmueble) concurren además de los requisitos generales de todo contrato los que corresponden a su naturaleza especial. En este sentido, la donación será válida, pese a la ausencia de literal expresión de aceptar la donación, cuando constando la realidad del *animus donandi*, el negocio jurídico se hubiera formalizado en escritura pública en cuyo otorgamiento hubieran intervenido los interesados con ánimo de hacer y recibir la donación (SSTS de 21 de enero de 1993, 13 de noviembre de 1997, 2 de noviembre de 1999.) (STS de 18 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor presentó demanda en la que solicitó la declaración de nulidad de determinados contratos de donación y de compraventa. La causa de la nulidad radica, según el actor, en que los contratos se formalizaron en escritura pública como compraventas cuando en realidad se trataba de donaciones. El Juzgado desestima la demanda. Presentado recurso de apelación la Audiencia Provincial lo desestima. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

**38. Contrato mixto: arrendamiento de parte de un local destinado a Centro médico con pacto de exclusividad.**—El arrendamiento, de un local destinado a Centro médico, a un médico para el ejercicio libre de sus actividades médicas, unido a otros pactos que pueden ser de prestación de servicios o de exclusividad es un contrato mixto, como contrato en que se combi-

nan elementos de uno típico y elementos distintos, que dan lugar a un contrato nuevo; es arrendamiento de cosa, al que se añaden obligaciones de no hacer (exclusividad) y de hacer (uso de las instalaciones del centro, en exclusiva).

**Régimen jurídico del contrato mixto.**—Se regula por la normativa del arrendamiento de cosa de los artículos 1546 y siguientes del CC, y por el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, en relación con la *lex contractus* consagrada en el artículo 1091 del mismo cuerpo legal.

**Pago de las rentas por persona jurídica distinta del arrendatario.**—En el contrato figura claramente una persona física (médico) sin que en ningún caso se nombre a persona jurídica alguna. En tal caso el contratante es la persona física, sin que tenga trascendencia jurídica que los recibos los abonase una persona jurídica, lo que podría venir motivado por ser el médico el real titular de la sociedad (teoría del levantamiento del velo), por pagar la deuda ajena (pago por tercero) o por razones puramente fiscales. (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil (clínica) celebra un contrato con un médico, mediante el cual la primera cedía al segundo un área determinada de su clínica, para que el médico lo dedicase, aportando su mobiliario, a consulta, con pacto de exclusividad del médico durante dos años. Poco después de celebrarse el contrato, el médico trasladó su consultorio a otro centro médico.

La Clínica demandó al profesional para resolver el contrato y para que éste le indemnizase los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento. El Juzgado estimó en parte la demanda al declarar resuelto el contrato y condenar al médico a indemnizar a la actora en la mitad de su pretensión. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

**39. Arrendamiento financiero o *leasing*: procedencia de la tercería de dominio a favor de la tercerista financiadora del *leasing* concertado con el usuario ejecutado.**—El contrato suscrito entre la entidad financiadora y el usuario del bien debe ser catalogado como arrendamiento financiero, y acreditado el impago de las correspondientes cuotas por el usuario y, sobre todo, el de la cuota residual y, por tanto, sin haberse ejercitado la correspondiente opción de compra, es claro que la propiedad del vehículo permanecía en el patrimonio de la tercerista, cuyo título se integra por dicho contrato cuando se ejercitó el embargo a instancias de la Seguridad Social ejecutante, y codemandada en este proceso, siendo irrelevante que el vehículo embargado figurase a nombre de la ejecutada. Existe hoy un cuerpo jurisprudencial que avala sobradamente esta calificación (STS de 28 de noviembre de 2001).

**Arrendamiento financiero o *leasing*: contenido del contrato.**—Como es sabido, según reiterada jurisprudencia, en el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes, la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra; el proveedor que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario; y éste, el usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing*, y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo. Tal

contrato es una institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial; es un contrato complejo y en principio atípico, regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC. Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la D A 7.<sup>a</sup> en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, a favor del usuario (STS de 5 de octubre de 2000). (STS de 8 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *U-L., S. A.*, promovió tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y la mercantil *V., S. L.*, sobre la titularidad dominical de un camión, solicitando la promovente que se declarase su propiedad sobre el vehículo embargado, al no haberse satisfecho diversas cuotas del *leasing* concertado a favor de la compañía demandada, y, en especial, la cuota residual, por lo que el camión nunca había pasado a la propiedad de la demandada, dada la reserva de dominio existente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación interpuesto y, con estimación de la demanda inicial, declaró que el vehículo era propiedad de la actora y mandó alzar el embargo trabado sobre el mismo. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**40. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. La escasa cuantía en que se cifra el valor residual no permite entender que el contrato se ha transformado en una compraventa de bienes a plazo.**—La escasa cuantía del valor residual establecido en los contratos de *leasing*, que cumplen con los requisitos básicos exigidos por la normativa que le es de aplicación, para ejercitar la opción de compra, que es característica de los mismos, no es suficiente para entender modificada su naturaleza hasta convertirlos, sobre esa única base, en contratos de venta de bienes muebles a plazos.

**Objeto del contrato de arrendamiento financiero y libertad contractual para establecer la proporción que ha de guardar el valor residual con el precio total.**—Por medio del contrato de *leasing* se traslada únicamente el uso de lo que en cada caso es su objeto, a cambio de una renta calculada sobre el beneficio del uso transmitido, el deterioro consiguiente a su ejercicio, y la posibilidad de definitiva adquisición del dominio a cambio del pago de un resto fácil de atender y correspondiente, ya solamente, a lo que pudiera perder del precio, que no suele ser dispar a las cuotas convenidas que le preceden o suele consistir en un porcentaje mínimo del valor de adquisición del proveedor por el arrendador, en la mediación y financiación de este último para el arrendamiento financiero. Sin que exista base legal ni lógica que esta-

blezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto a aquel valor (SSTS de de 1 de febrero de 1999 y de 28 de noviembre de 1997).

**La reserva de dominio propia del arrendamiento financiero hace procedente la tercería de dominio planteada.**—La reserva de dominio para el arrendador que sobre su objeto supone el contrato de arrendamiento financiero mientras no llegue a consumarse el traspaso de aquél a medio del ejercicio de la opción de compra pactada, ha de llevar aparejada la estimación de la tercería de dominio promovida, pues trabado embargo sobre bienes que no pertenecen al deudor embargado, ha de alzarse la medida en cumplimiento del objetivo final que corresponde a la tercería de dominio, que centra su éxito en el levantamiento de la traba llevada a cabo indebidamente si atendemos a los sujetos afectados, el arrendador con reserva de dominio durante el curso del contrato de arrendamiento financiero hasta su consumación, y el arrendatario sólo usuario en igual trayecto. (STS de 14 de febrero de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *B. L. S. A. F., S. A.*, interpuso demanda de tercería de dominio contra la Dirección Provincial de Navarra de la Tesorería de la Seguridad Social y contra la mercantil *S. I. N., S. A.*, en la que, amén de solicitar la suspensión del correspondiente procedimiento de apremio, pidió se declarase que los bienes embargados eran de propiedad de la demandante, quien había constituido un arrendamiento financiero a favor de la compañía demandada, sin que al tiempo del embargo se hubiese hecho efectivo el pago del último plazo o valor residual, de manera que la reserva de dominio a favor de la actora se hallaba aún vigente. El Juzgado de Primera Instancia de Pamplona desestimó la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Navarra estimó el recurso de apelación y declaró haber lugar a alzar la traba de los bienes embargados. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**41. La sola suscripción de la póliza en el arrendamiento financiero determina el momento inicial para exigir la cantidad debida en caso de incumplimiento.**—Es un hecho notorio que efectivamente se ha establecido jurisprudencialmente el diferente tratamiento que en cuanto a preferencia de derechos ha de asignarse a las pólizas de préstamo y a las de crédito. Pero no puede aceptarse, en cambio, que las pólizas de *leasing* hayan de ser asimiladas, en cuanto al punto objeto de discusión, a las de crédito. Ha de recordarse la doctrina establecida por las SS de esta Sala de 9 de noviembre y 30 de diciembre de 1998, 7 de abril de 2000 y 8 de mayo de 2001, en las que se afirma que no existe analogía entre el préstamo y el arrendamiento financiero, pues en este último contrato la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario. Sin embargo, se añade, lo relevante para atribuir preferencia con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de pólizas de préstamo y de crédito no es la naturaleza de contrato, sino la circunstancia de que en el préstamo la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de la suscripción de la póliza y ello, aunque se hayan establecido plazos de amortización parcial, pues la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética,

en tanto que en el caso de la concesión de crédito la obligación está condicionada a la efectiva utilización del mismo, por lo que es imprescindible para fijar el saldo deudor la práctica de una liquidación de las disposiciones realizadas, momento en que el crédito alcanza autenticidad indubitada y resulta exigible, por lo que la fecha de dicha liquidación es la relevante a efectos de oponer su preferencia a otro crédito concurrente. En el arrendamiento financiero de análogo modo a lo que sucede en el préstamo, la exigibilidad del precio surge desde el momento mismo de la firma de la póliza.

**Equivalencia de la figura del fiador solidario a la de un deudor más.**—El artículo 1144 afirma CC que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, entre los que ha de considerarse incluido el fiador que se haya obligado en dicha forma, pues es doctrina pacífica la que entiende que la fianza solidaria no existe propiamente como tal, sino que asume la naturaleza de una propia obligación solidaria, convirtiendo al fiador en un deudor más en lo que se refiere al derecho del acreedor a exigir el pago de la obligación principal. Ha de recordarse, al respecto, que esta Sala ha declarado reiteradamente que el fiador solidario puede ser compelido a pagar, sin necesidad de que el acreedor formule reclamación alguna, previa o simultánea contra el deudor principal (SS de 3 de febrero de 1990 y de 10 de abril de 1995 y las que en las mismas se mencionan). (STS de 30 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Lico Leasing, S. A.*, interpuso demanda de tercería de mejor derecho contra la también mercantil *GDS Leasing, S. A.*, y *M.V. P. M.*, respecto de los bienes embargados en un procedimiento ejecutivo seguido por *GDS Leasing, S. A.*, contra *M.V. P. M.* y *Lico Leasing, S. A.*, fundamentaba su tercería en unos contratos de arrendamiento financiero celebrados con la demandada *V. P. M.* en los años 1988 y 1989, contratos anteriores al que *GDS Leasing, S. A.*, formalizó con la misma señora el 29 de marzo de 1990. La cuestión estriba en que en el primer caso la notificación al deudor del saldo líquido de la póliza se hizo el 2 de noviembre de 1992 mientras que en el segundo fue hecha con anterioridad, concretamente el 26 de julio de 1991. Presentada la demanda de tercería ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona, fue desestimada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por *Lico Leasing, S. A.* El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

**42. Responsabilidad decenal. Responsabilidad del promotor.**—El que resulta ser sólo promotor no lleva a cabo por sí actos de edificación, es decir, que no materializó el proceso constructivo, si bien lo idea, lo controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha. De admitir esta tesis —no ser los promotores responsables—, nunca procedería exigirles responsabilidades y el artículo 1591 CC actuaría como escudo protector, en vez de cumplir su finalidad de tutelar los derechos de quienes resultan perjudicados por la obra mal realizada, según las reglas edificativas. Su responsabilidad en el ámbito de la solidaridad autoriza a incluir al promotor en el espacio jurídico del artículo 1591 CC, ya que, por una parte, el promotor es también vendedor y está obligado a entregar lo que construye con las condiciones de

servir a su finalidad, que no es otra que procurar una habitación para las personas segura, apta, útil y conforme al uso destinado (S. de 10 de noviembre de 1999 que cita otras).

**Fundamento de la responsabilidad del promotor.**—La justificación de la legitimación del promotor y su capacidad para asumir responsabilidades está en cuanto el vendedor queda obligado a cumplir exacta y debidamente las prestaciones de lo que para él construyen los profesionales que contrata, es decir, sin vicios ni imperfecciones y si se ocasionan ruinógenos su responsabilidad se prolonga y alcanza a responder de los defectos, juntamente con los demás como causantes directos, pues el promotor viene a hacer suyos los trabajos ajenos, realizados por el personal que eligió y, en caso de vicios, su obligación de entrega a los adquirentes lo ha cumplido de forma irregular y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros relacionados con él mediante los oportunos contratos (S de 12 de marzo de 1999).

**Promotor no constructor.**—Ha de tenerse en cuenta que el hecho de que la promotora no sea constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 (SS de 21 de febrero de 2000 y 8 de octubre de 2001).

**Protección de la parte débil.**—La evolución de la jurisprudencia tiende a aplicar la tutela judicial efectiva para amparar a la parte contractual más débil, que, por regla general, son los adquirentes de viviendas, en la mayoría de los casos a costa de un gran esfuerzo económico y sus derechos no decaen por el hecho de no haber contratado con los constructores o por no haber puesto reparos en el momento de recepción, pues el promotor realiza las obras en su indudable beneficio y con destino al tráfico, mediante venta a terceros y éstos confían en su prestigio profesional y, por ello, no deben ser defraudados. Es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y constructores, y estas actuaciones ya determinan que procede su inclusión en el artículo 1591, pues ha de evitarse el posible desamparo de los futuros compradores frente a la mayor o menor solvencia de los intervinientes de la construcción (SS de 8 de octubre de 1990 y 13 de octubre de 1999, entre otras).

**Solidaridad.**—Cuando concurren responsabilidades plurales, conforme al artículo 1591 CC, reiteradamente la jurisprudencia viene aplicando la solidaridad, por no ser posible determinar la proporción o el grado en que la conducta de cada uno ha sido determinante de los vicios ruinógenos (S de 28 de diciembre de 1998, que cita otras). (STS de 13 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don S. M. interpuso demanda frente a la *Inmobiliaria Espacio, S. A.*, los arquitectos y el aparejador del edificio propiedad de varias personas, por existir en la fachada del mismo vicios ruinógenos. Por este motivo solicitó al Juzgado de Primera Instancia de Moncada que les condenase solidariamente a abonarle una indemnización por valor de 11.870.621 pesetas. Además, reclamó contra la inmobiliaria, promotora de la construcción, otra indemnización en concepto de retraso en la entrega de una vivienda. El Juez dictó sentencia el 17 de septiembre de 1993 en la que estimó parcialmente la demanda. Condenó a la promotora a pagar la suma solicitada en concepto de indemnización por retraso y, solidariamente con el resto de demandados, a pagar 5.013.772 pesetas como indemnización por los vicios de la construcción. Los demandados recurrieron en apelación

y la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, estimó, parcialmente, el recurso mediante sentencia de 31 de julio de 1996. Absolvió a la promotora de la condena por retraso y a los arquitectos de la condena que les impuso el Juzgado, y confirmó la sentencia de éste en el resto. La inmobiliaria recurrió en casación por entender que la sentencia de la Audiencia había infringido la jurisprudencia sobre el artículo 1591 CC, ya que no le había imputado las deficiencias de la construcción ni sus causas, o una actuación culposa en relación con la producción de los vicios. Así, añade el recurso, la sentencia recurrida no habría individualizado su responsabilidad frente a la empresa constructora o el aparejador, lo que hubiese impedido que se le condenase solidariamente. El TS considera probado que no cabía la individualización y, por las razones expuestas anteriormente, declara que no ha lugar al recurso. (A. R. G.)

**43. Responsabilidad decenal. Individualización de la responsabilidad.**—Se trata de dos obras distintas que se sucedieron en el tiempo y fueron realizadas por técnicos y empresas diferentes y para nada relacionadas, por lo que la sentencia con las pruebas aportadas mal podía individualizar y determinar las responsabilidades que se exigen a los demandados en tanto no se concreta el hacer negativo de los mismos, así como el de los intervinientes no identificados que llevaron a cabo obras modificativas posteriores y cabe la posibilidad de darse situación de interferencia, lo que hace preciso depurar la responsabilidad de los distintos ejecutores, con determinación de los trabajos llevados a cabo por cada uno de ellos y su corrección o no, así como de las influencias del mal hacer de unos en el buen hacer de otros o viceversa.

**Solidaridad.**—En temas de construcción a los que se aplica el artículo 1591 CC es conocida la doctrina jurisprudencial que proclama la solidaridad de los intervinientes en el proceso edificativo, siempre que no sea posible determinar o individualizar la proporción o el grado en que la conducta de cada uno de ellos ha sido determinante en la causación de los vicios ruinosos (SS de 22 de noviembre de 1997 y 8 de junio de 1998, entre otras). La referida solidaridad excluye la excepción de litisconsorcio pasivo.

**Ámbito en que la solidaridad opera.**—Estos casos hay que referirlos a una situación de construcción debidamente concretada y delimitada por la correspondiente relación contractual que la rige y disciplina, que no es el caso de autos, pues, en primer lugar, no se trata de reclamación por terceros adquirentes y no se acreditó mediante pruebas decisivas o actuaciones censurables concretas que pudieran atribuirse a los demandados y, a su vez, ha de tenerse en cuenta que la excepción que se discute opera en el ámbito de la relación interna que compromete a los incluidos en la misma y, al resultar preexistente, facilita utilizar las acciones de repetición entre los relacionados que procedan (SS de 17 de octubre de 1995 y 10 de julio de 2002, entre otras).

**Contratos coligados.**—No es el caso de autos, ya que se dan dos contratos que ninguna coligación se ha demostrado mantengan, salvo su proyección material en la urbanización, pero realizados y ejecutados en períodos de tiempo distintos, aunque sucesivos y dotados de plena autonomía e independencia.

**Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.**—Esta Sala decidió un supuesto similar en la S de 18 de octubre de 2000, por haber intervenido dos empresas distintas y no haberse demandado a la que se imputa mala ejecu-



ción de los trabajos causantes de los vicios ruinógenos denunciados y tuvo intervención decisiva en las obras realizadas en la urbanización, decretando la procedencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 14 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.—Almerinaves, S. A.**, interpuso demanda contra diversas personas en la que solicitó que se las condenase a responder solidariamente por la ruina de cierta obra. En particular, ésta había consistido en urbanizar unos terrenos, para lo cual se construyeron cuatro calles perimetrales conforme al proyecto. Finalizada la misma, terceros no identificados llevaron a cabo obras de modificación de las anteriores y construyeron dos calles transversales con sujeción a nuevos proyectos, de tal manera que las intersecciones con las calles inicialmente construidas presentaban varios daños, consistentes en «deficiencias de compactación de la explanada con desperfectos en la red de abastecimiento de agua». El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería tuvo en cuenta este hecho y entendió que los vicios no podían atribuirse únicamente a los demandados. Por ello, apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ejercitada por los mismos y dictó sentencia el 23 de octubre de 1998 en que desestimó la demanda. *Almerinaves, S. A.*, recurrió entonces en apelación, pero la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, *Almerinaves, S. A.*, recurrió en casación por entender que se había incurrido en incongruencia y en una infracción de la jurisprudencia sobre la excepción referida. El TS, además de las razones anteriormente expuestas, subraya que no se había demandado a las personas que habían ejecutado las obras en segundo lugar y por ello desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—En realidad, el caso es sustancialmente distinto al de la citada S de 18 de octubre de 2000 (RJ 2000/8810). En ésta, los actores habían demandado al arquitecto por la defectuosa ejecución de un contrato de obra (llamado de desmonte y movimiento de tierras), ejecutado por una tercera empresa. No se trataba de un supuesto de responsabilidad decenal ni se discutió si las partes responderían solidariamente, a diferencia de lo que sucede en el caso anteriormente extractado. Aquí, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario parece prosperar porque a las obras realizadas por los demandados sucedieron otras por terceros, sin que cupiese determinar quién de todos causó efectivamente los vicios. En fin, esta salvedad, no prevista por el artículo 17.3 LOE, empeora notablemente la posición de quien sufre los vicios. (A. R. G.)

**44. Incumplimiento del contrato por retraso en la entrega de la obra e incremento del precio alzado.**—Se produce la resolución del contrato por dos incumplimientos fundamentales de la parte actora, que frustran el fin económico del contrato: la falta de terminación del molde en la fecha convenida y la pretensión del aumento de precio, en un contrato de obra pactado con un precio cerrado alzadamente. Estos incumplimientos justifican su reso-

lución y fundamentan la aplicación del 1124 CC, que ha sido invocado por la parte demandada en su reconvencción. En cambio, el pago del anticipo con retraso no frustró el fin económico del contrato y, por consiguiente, carece de entidad necesaria para resolver el contrato.

**Desistimiento del contrato de obra.**—El artículo 1594 CC faculta al dueño de la obra a desistir de la realización de la misma, aunque no hubiese comenzado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener. En este caso, no se puede alegar desistimiento porque nos encontramos ante dos incumplimientos que producen la resolución del contrato.

**Cláusula *rebus sic stantibus*.**—Ésta no está recogida en nuestro ordenamiento civil, aunque se entiende que puede ser apreciada por los Tribunales, como señalaba la S de 12 de junio de 1956 (criterio que se mantiene en sentencias más recientes como la de 15 de noviembre de 2000), para que se pueda pedir la revisión o resolución o hasta la suspensión de los contratos. Pero es necesario que se trate de una alteración de los supuestos básicos del contrato completamente extraordinaria, que origine una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones de las partes y que no pudieron prever al contratar. Estos requisitos no se cumplen en el contrato de autos, ya que se trata de un contrato que ha de concluirse en un plazo corto de tiempo, siendo este elemento de prestación en plazo breve una circunstancia elevada a fundamental del contrato. Es cierto que hay que entender que los precios de la construcción del molde han sufrido un aumento, pero esta circunstancia está dentro de las previsiones normales de personas que se dedican a esta especie de trabajos. Estos errores están dentro de una previsión ordinaria; por lo tanto, el cambio de las condiciones básicas del contrato no es extraordinario, ni son imprevisibles la modificación de esas circunstancias y, por consiguiente, no es de apreciar esta cláusula. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Auximol, S. A.*, formalizó un contrato de obra con *Cremasa, S. A.*, comprometiéndose a la construcción de un molde en un plazo determinado y a un precio alzado. La comitente, en fecha posterior a la pactada, entregó la cantidad establecida en el contrato, en concepto de adelanto del precio de la obra. Posteriormente, *Cremasa, S. A.*, ante el retraso en la entrega de la obra solicitó la resolución del contrato. La contratista interpuso demanda contra *Cremasa, S. A.*, reclamando el pago de un precio superior al pactado para la construcción del molde. *Cremasa, S. A.*, formuló demanda reconvenccional solicitando que se declarase la resolución del contrato de obra por incumplimiento de *Auximol, S. A.* La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas demandas. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por *Auximol, S. A.* y estimó el recurso interpuesto por *Cremasa, S. A.* ya que entendió que el tiempo es un elemento esencial y al no haberse terminado la ejecución de la obra en el plazo pactado había un incumplimiento grave del contrato que fundamenta su resolución. *Auximol, S. A.* interpuso recurso de casación alegando que el contrato no se puede resolver por no existir ningún incumplimiento que justifique la resolución. La contratista justifica la entrega con retraso por el pago con retraso de la comitente de la cantidad adelantada y el incremento del precio pactado en base a

la cláusula *rebus sic stantibus*. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El contratista que quiere incrementar el precio de una obra, cuando ha pactado con el comitente un precio alzado, tiene dos posibilidades: alegar la cláusula *rebus sic stantibus* como en este caso o el artículo 1593 CC. El artículo 1593 CC se refiere al contrato de obra inmobiliaria o llevada a cabo sobre un inmueble. Sin embargo, la doctrina por analogía entiende que este artículo se aplicará a los contratos cuyo objeto sea una cosa mueble (véase Francisco Lucas Fernández, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, t. XX-2, Edersa, Madrid, 1986, p. 384). El artículo 1593 CC establece que se podrá producir un aumento del precio de la obra en caso de cambio en el plano de la obra y siempre que todo ello haya sido autorizado por el propietario. La jurisprudencia ha interpretado muy laxamente estas exigencias: no exige cambio de plano y es suficiente una autorización puramente genérica, verbal o tácita (véase Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil*, t. II, artículo 1.593, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1201, Inmaculada Vivas Tesón, «Comentario a la STS de 6 de julio de 1998», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, pp. 315-322).

En este caso, la contratista justificaba el incremento del precio alzado en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero el Tribunal no la admite, ya que, como es sabido, sólo se acepta en circunstancias extraordinarias. Si la contratista hubiera alegado el artículo 1593 CC, habría tenido más posibilidades de poder justificar el incremento debido a la interpretación laxa que de éste hace la jurisprudencia. (R. T. B.)

**45. Fianza. Nacimiento de la obligación del fiador. Posición del deudor principal. Fiador solidario.**—El fiador debe desde que contrae la fianza. Su obligación no nace en el momento en que el crédito garantizado no es satisfecho; cuando se produce el incumplimiento del deudor principal lo que debe hacer el fiador es cumplir, no constituirse en deudor (STS de 10 de junio de 1966).

El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre acreedor y fiador. Cuando el fiador es solidario, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea al deudor principal.

**Fianza y suspensión de pagos del deudor principal. Falta de incidencia en la obligación del fiador del convenio entre acreedores y suspenso.**—El convenio entre acreedores y deudor afianzado en el procedimiento de suspensión de pagos no tiene ninguna incidencia en la obligación del fiador, pues, de lo contrario, se desnaturalizaría y quedaría vacía de contenido la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa (STS de 24 de enero de 1989). La responsabilidad del fiador subsiste, pues, en estos casos, por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza, como por no ser incardinable el convenio de la suspensión de pagos en el concepto de transacción. Debe tenerse en cuenta, además, que los efectos del convenio se limitan

a sus intervinientes (SSTS de 16 de noviembre de 1991, 6 de octubre de 1986 y 7 de junio de 1983).

La liberación de los fiadores en estos casos se produce únicamente cuando el acreedor garantizado renuncia a los fiadores (SSTS de 8 de enero de 1997 y 16 de noviembre de 1991). Tal renuncia no se produce si votan en contra del convenio o no asisten a la Junta (STS de 8 de enero de 1997).

La inclusión del acreedor que cuenta con la garantía del fiador en la lista de acreedores, no entraña novación del crédito (STS de 19 de diciembre de 1989).

**No ejercicio del derecho de abstención por el acreedor en la suspensión de pagos. Liberación del fiador. Excepción.**—La STS de 1 de julio de 1988 admitió la posibilidad de liberación del fiador si el acreedor no ejercita su derecho de abstención en una suspensión de pagos, por tratarse de un supuesto subsumible en el artículo 1852 CC. Esto no tiene lugar, sin embargo, cuando dicha pasividad del acreedor no puede perjudicar a los fiadores por haberse constituido la fianza con carácter solidario, de tal manera que se exige al acreedor de tener que perseguir y realizar los bienes del deudor antes de dirigir su acción contra los fiadores. (STS de 22 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El *Banco Crédito y Ahorro, S. A.*, suscribe con la entidad mercantil *Felipe Hergueta, S. L.*, tres pólizas de crédito intervenidas por Corredor de Comercio Colegiado en las que intervinieron como fiadores solidarios con renuncia expresa a los beneficios de excusión y división F. H. M. y su esposa D. G. de la O. quienes, con sus hijas, eran los únicos socios de la sociedad prestataria.

Posteriormente, los cuatro únicos socios elevan a públicos los acuerdos previamente adoptados por los que aumentaron el capital social de la compañía y la transformaron en Sociedad Anónima con la denominación *Electrodomésticos Felipe Hergueta, S. A.*

Con el fin de llevar a cabo un segundo aumento de capital, se emiten 7.600 nuevas acciones que, previa renuncia por las hijas a su derecho de suscripción preferente, fueron suscritas íntegramente por los cónyuges, quienes para su pago aportaron a la sociedad todos sus bienes inmuebles.

Tras la solicitud de *Electrodomésticos Felipe Hergueta, S. A.*, se declara por auto la suspensión de pagos de la citada entidad.

El *Banco de Crédito y Ahorro, S. A.*, se incluye por propia iniciativa en la lista definitiva de acreedores. En Junta de Acreedores se aprueba un Convenio de quita y espera. El *Banco de Crédito y Ahorro, S. A.*, ni asiste a la Junta ni formula oposición al Convenio.

*Electrodomésticos Felipe Hergueta, S. A.*, paga lo correspondiente según el Convenio al *Banco de Crédito y Ahorro, S. A.*

El citado Banco interpone demanda contra los fiadores solidarios solicitando la cantidad correspondiente hasta el pago total de la deuda y la nulidad del segundo aumento de capital social realizado mediante la emisión de acciones y la suscripción de las mismas a través de la aportación a la sociedad de bienes inmuebles de los socios-fiadores. Contra la sentencia de la Audiencia que acoge todos estos pedimentos, los demandados interponen recurso de casación. (B. F. G.)

**46. Contrato de cesión de suelo por obra. Incumplimiento del cesionario. Falta de solicitud de la licencia de obras en tiempo razonable.**—Se incumplió por el recurrente su obligación de construir tempestivamente (o en el plazo fijado, o, incluso, en el plazo tácito, según S de 26 de julio de 1996, de tal forma que transcurrido el mismo no cabe su cumplimiento en términos generales, S de 24 de julio de 1998) para lo que, es claro, se precisaba la obtención de la licencia municipal que el recurrente no solicitó en el tiempo razonable. Esa licencia indispensable para construir debía haberse solicitado en tiempo prudencial por la parte, sobre todo, cuando empezó a seguido a derruir el inmueble y obligó al actor a cambiarse de residencia.

**Término esencial. Delimitación.**—Si bien la sentencia recurrida dice literalmente que se frustró el fin económico del contrato por no ser ya posible su cumplimiento en los términos en que se pactó «de los que eran esenciales el tiempo de la realización de la obra», la utilización de «esenciales» no equivale al concepto técnico o prístino de un plazo esencial que condiciona la misma existencia o razón de ser de la obligación en que se inserte el mismo, de tal forma que, si no se cumple durante su decurso o en el día señalado la misma, ya no puede cumplirse al haber desaparecido su razón de ser o presupuesto causal —el conocido y vulgarizado ejemplo del «vestido de novia para el enlace», que, si no se entrega antes del día nupcial, frustra el fin negocial—, sino que, en el caso de autos, ha de entenderse con un sentido de razonabilidad, o sea, que por la dilatación o demora —de ahí que no se pueda prefijar de antemano su término—, ya por las vicisitudes acontecidas *ex post*, el negocio se había frustrado, al devenir extemporáneo o sin que se pueda, por ende, ya eliminar o hacer desaparecer los trastornos que, en la idea representativa de su cumplimiento adecuado, tuvo en cuenta el afectado por esa demora. Asimismo, se compadece mal tal pacto con la postura del actor que, en vez de seguir viviendo en el inmueble hasta que fuere oportuno ejecutar la obra, ahorrándose la renta del piso arrendado y obteniendo la renta del local, de lo que se desprende que no medió tal pacto de demorar la ejecución de la obra.

**Interpretación del contrato.**—Se decía en S de 14 de febrero de 2002: «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del CC, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial» (SS. de 2 de noviembre de 1983 y 15 de marzo de 2001, entre otras).

**Resolución del contrato. Requisitos.**—Prevalece el minucioso diseño de la conducta obstativa al cumplimiento que hace la Sala *a quo*. Aparece pacífica la concurrencia de una serie de hechos, a saber, que las partes se hallan ligadas por un vínculo contractual generador de obligaciones recíprocas, habiendo cumplido el actor con su obligación de entregar el inmueble y habiendo incumplido la demandada la suya de construir sobre el solar resultante del derribo del mismo una nueva edificación. Asimismo, tal incumplimiento ha frustrado el fin económico del contrato, por no ser ya posible su cumplimiento en los términos que se pactó de los que eran esenciales el tiempo de realización de la obra en atención a que el actor tuvo que salir del

inmueble de su propiedad y arrendar una vivienda en espera de volver al edificio a construir, sin que pueda ser compelido a esperar indefinidamente a que la demandada cumpla con su obligación, habiendo visto frustradas sus legítimas expectativas.

**Existencia de incumplimiento resolutorio.**—La cuestión clave de la litis se halla en determinar si la demandada tiene una explicación o justificación razonable a su postura. Dos son las causas en que apoya su incumplimiento, a saber, que existía un pacto verbal por el que el comienzo de la obra tendría lugar cuando terminase otra que está ejecutando, y la negativa del actor a elevar a escritura pública el contrato privado de permuta. Es sabido que, en materia de cumplimiento, se decía en S de 20 de marzo de 2002: siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (SS de 22 de julio de 1995, 20 de julio de 1996 y 9 de diciembre de 1997). El problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el número 4 del artículo 1692 LEC, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (S de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (S de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985). Se reitera, en definitiva, el incumplimiento acreditado, auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado (SS de 18 de marzo de 1991 y 20 de septiembre 2001, entre otras). **(STS de 15 de mayo de 2002; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—Don R. y doña B. concluyeron el 26 de septiembre de 1994 un contrato en virtud del cual el primero se obligó a ceder a la segunda la finca urbana de su propiedad, sita en Cabra, a cambio de que ésta derribase la construcción existente, construyese un edificio en la misma finca y entregase al primero una prestación descrita como el «25 por 100 de la superficie útil sobre la rasante del edificio que se construya». Al parecer, las partes convinieron que don R. escogiese las viviendas que quería recibir. A tal efecto escogió dos viviendas de la planta baja, además de que se le otorgase el derecho de usar y disfrutar en exclusiva los patios de luces, a pesar de su carácter común. Las partes pactaron, asimismo, un plazo para ejecutar las obras de un año a contar desde la fecha en que el Ayuntamiento de Cabra otorgase la licencia municipal de obras. Don R. abandonó la vivienda que ocupaba en el edificio a derruir, ocupó otra en arrendamiento y cedió lo prometido. Al parecer, doña B. no solicitó la licencia, pero requirió notarialmente al mismo el 17 de enero de 1996 para que otorgase la forma pública. Don R. resolvió entonces el contrato por incumplimiento e interpuso demanda judicial, en la que solicitó, además de que se declarase la resolución, una indemnización de daños a razón de 70.000 pesetas por cada mes transcurrido, de acuerdo con la cláusula penal prevista en el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cabra dictó sentencia el 14 de mayo de 1996, en que desestimó la demanda sobre la base de que no se habían frustrado las legítimas expectativas del

actor, dado que todavía podía solicitarse la licencia. Éste recurrió en apelación. La Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, dictó sentencia el 25 de julio de 1996, en la que estimó el recurso, declaró procedente la resolución, y condenó a doña B. a devolver el solar resultante del derribo del antiguo edificio y a pagar la pena convencional acordada desde que finalizó el derribo. La demandada recurrió en casación. El TS desestima el recurso. Además de las razones expuestas anteriormente, su sentencia deduce que las partes habían querido que se construyese inmediatamente del hecho de que doña B. procedió enseguida a derribar el edificio y, a mayor abundamiento, alude también a la circunstancia de que el arquitecto de la obra tenía entendido que la obra se iba a realizar inmediatamente.

NOTA.—La sentencia parece alejarse de la postura mantenida por la del mismo Tribunal de 13 de diciembre de 2002 que, con un criterio discutible, rechazó en línea de principio que se pudiese resolver el contrato de cesión de suelo por obra por retraso (puede verse *CCJC*, 61, 2002, pp. 153-169). Nótese también que el cesionario no recuperará coste alguno del derribo del edificio. (*A. R. G.*)

**47. Cesión de suelo a cambio de vuelo edificado: paralización interdicial de la construcción: *iura novit curia* y cuestiones nuevas.**—El principio *iura novit curia* completado con la máxima *da mihi factum dabo tibi ius*, permite al juez establecer su juicio crítico y valorativo del modo que entiende más apropiado, incluso aplicando normas no invocadas por los litigantes, con respeto de la *causa petendi* y el componente jurídico de la acción; pero tal principio no permite apreciar las cuestiones no suscitadas ni la falta de legitimación *ad causam*.

**Los artículos 1091 y 351 CC son normas genéricas cuya invocación debe completarse con preceptos específicos.**—La sentencia no desconoce la fuerza vinculante de la *lex privata*, conforme al artículo 1091 CC, derivada de la voluntad de las partes plasmada en un contrato; y lo mismo ocurre con el artículo 351 CC, cuya infracción debe incardinarse en otro precepto, como el incumplimiento contractual o el error.

***Exceptio inadimpleti contractus*: el incumplimiento como cuestión fáctica.**—Se alega que las cedentes del solar no cumplieron lo acordado, pues aseguraron en la escritura de venta que la finca cedida estaba *libre de cargas, gravámenes y arrendamientos*, mientras que en el subsuelo existían dos bodegas pertenecientes a terceros ajenos a las transmitentes. Pero esta Sala viene reiterando que la declaración de cumplimiento o incumplimiento de la obligación es cuestión fáctica, atacable por la vía del error en la apreciación de la prueba, si bien puede constituir también una cuestión de derecho cuando la base para la determinación del incumplimiento esté en la trascendencia jurídica de los actos ejercitados. En este caso, las sentencias de instancia declaran que los cesionarios conocían, o debían conocer, la existencia de las bodegas, hasta el punto de haber requerido a los dueños de las mismas comunicándoles la iniciación de las obras; de ello cabe deducir, lógicamente, que no hubo incumplimiento de las cedentes, pues no puede imputárselo a la contraparte el que asume plenamente las circunstancias de la finca que adquiere, y adopta un comportamiento coherente con dicha situación.

**No hay imposibilidad de la prestación por parte de los cesionarios.**—La resolución recurrida no aprecia la existencia de imposibilidad física

o material, ni legal o jurídica. Las SSTS de 6 de abril de 1932 y 8 de abril de 1969 declaran que la apreciación de la imposibilidad corresponde al Tribunal de instancia, y aun cuando esta doctrina debe ser puntualizada distinguiendo la fijación de la base fáctica del aspecto relativo a su diagnosis consistente en la determinación de la significación jurídica, en el caso ocurre que se impugnan las afirmaciones fácticas sin utilizar la única vía idónea. El motivo carece de consistencia pues la llamada *carga o gravamen* consistente en la existencia de bodegas, era conocida y asumida y, por otro lado, no impide edificar como afirma la instancia, ya sea mediante un proyecto urbanístico alternativo o a través de una modificación del proyecto utilizado; además, los efectos de la suspensión interdictal se pudieron evitar previendo o garantizando los eventuales daños a que puede dar lugar la obra, aparte de no haberse intentado el procedimiento legalmente posible para su continuación; de ahí que cabe concluir que los demandados podían haber cumplido el compromiso asumido de haber observado la diligencia exigible y adoptado el comportamiento que requerían las circunstancias del caso, siendo inaplicable la normativa sobre la imposibilidad de la prestación recogida en los artículos 1184 y 1272.

**Cláusula penal moratoria: condena de futuro: no hay situaciones de mora indefinida.**—La LEC 1881 no regulaba las condenas de futuro pese a lo cual las ha admitido la jurisprudencia, y actualmente también las admite el artículo 220 LEC 2000, por lo cual en el derecho anterior, según doctrina jurisprudencial, no cabía reducirlas a las hipótesis previstas explícita o implícitamente en las leyes. Por otra parte, la estipulación contractual recoge una cláusula penal moratoria que, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que sea aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC (SSTS de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001 y 27 de febrero de 2002). El motivo alegado por los demandados debe ser acogido porque el juicio sobre la situación de morosidad, en el caso, debe limitarse hasta el momento de la presentación de la demanda toda vez que la mora constituye una situación de carácter transitorio o temporal, pero no indefinida, en el sentido de perpetua o de duración ilimitada, por lo que se convierte en incumplimiento definitivo por la prolongación de la mora en el tiempo, sin que puedan coexistir ambas situaciones jurídicas porque son incompatibles. Además, no armoniza dicha incertidumbre o interinidad con la certeza necesaria para las condenas de futuro que, por lo general, se aplican por la jurisprudencia a las obligaciones a plazo, y sin que se den aquí circunstancias que excepcionalmente justificaron la admisión de dicha condena (así, SSTs de 19 de noviembre de 1954, 20 de mayo de 1982 y 30 de junio de 1986). En consecuencia se delimita la condena al pago de la multa desde la fecha en que debieron entregarse las viviendas hasta la fecha de la presentación de la demanda. (STS 30 de abril de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Se trata del supuesto —frecuente en la vida actual— de cesión de solar a cambio de plantas a construir con plazo de tres años de entrega y multa de 15.000 pesetas diarias por retraso. Las obras están paralizadas por interdicto de obra nueva interpuesto por los titulares de bodegas en el subsuelo. En ambas sentencias de instancia se estimó la demanda interpuesta por las cedentes en la que se había solicitado el pago de la pena hasta el día de la entrega efec-



tiva de los pisos y locales. Se alegó por los cesionarios imposibilidad sobrevenida. En notable sentencia (Pte.: Corbal), se estima parcialmente el recurso, ofreciéndose, por un lado, en la sentencia un excelente resumen de doctrina jurisprudencial sobre imposibilidad sobrevenida (en el 7.º FD), con la finalidad de rechazar el motivo alegado por los demandados, mientras que a continuación se estima el motivo relativo a las condenas de futuro, aunque relacionándolo con el concepto de mora del deudor en el que, sin embargo, parece que no había profundizado el recurso. El resultado es que las cedentes sólo van a percibir durante unas pocas semanas el importe de la multa diaria pactada, mientras que en las sentencias de instancia parece haberse establecido una condena indefinida de futuro cuyo importe por el retraso anual ascendería a la suma de 547.500 pesetas (o su equivalente en euros). Sobre el tema, en general, puede verse M.ª Eugenia Serrano Chamorro, *Cambio de solar por edificación futura*, 3.ª ed. (Cizur Menor, 2002), pp. 327 ss., aunque no contempla expresamente supuestos como el presente; pero sí menciona casos en que el TS ha aplicado la facultad moderadora del artículo 1154 CC: así, SSTs de 31 de mayo de 1994 (cuando la pena estipulada es excesiva), 26 de junio de 2000 (cuando se dan incumplimientos recíprocos) y 9 de octubre de 2000 (en atención a la buena fe y a la equidad).

Sorprende, de alguna manera, lo escueto del 8.º FD que contiene la *ratio decidendi* de la estimación del recurso, y que, a mi juicio, cabe resumir así: la figura de la condena de futuro es inapropiada para este supuesto y la mora o retraso en la entrega de los pisos y locales a que se obligaron los cesionarios se ha transformado en incumplimiento definitivo, por lo cual ha dejado de funcionar la cláusula penal. De ambas razones la de mayor peso es la segunda por su carácter sustantivo. Alguna duda se suscita por haber situado la sentencia extractada en la fecha de la presentación de la demanda el inicio del incumplimiento definitivo por parte de los demandados; la demanda se limita a pedir el cumplimiento del contrato con expresa aplicación de la cláusula penal hasta la entrega efectiva de los pisos y locales; los demandados piden la absolución alegando imposibilidad sobrevenida; ambas sentencias de instancia dan la razón a las actoras, pero el TS al estimar parcialmente el recurso sitúa la fase de incumplimiento definitivo en el momento de iniciarse la relación procesal entre las partes. ¿Por qué en tal momento y no en otro distinto? La acusación de adolecer de incertidumbre, en el caso la condena de futuro parece, al menos, discutible, pues están suficientemente delimitadas la cuantía de la multa y la periodicidad; es verdad que el día final del pago de la multa no lo expresaron las sentencias de instancia, pero ello dependía de la voluntad de los demandados y el TS deja bien claro que no hay imposibilidad de cumplimiento. Podría concluirse que se ha buscado una solución de equidad, aun a riesgo de debilitar la eficacia compulsiva de la utilización de la multa penitencial en este tipo de contratos. (G. G. C.)

**48. Buena fe: se presume su existencia.**—La buena fe no necesita ser probada. Razón por la cual quien afirma que no existe buena fe debe probarlo.

**Doctrina del enriquecimiento injusto: aplicación subsidiaria.**—Afirma el TS (S de 19 de febrero de 1999) que la doctrina del enriquecimiento injusto no es aplicable cuando existen normas específicas que regulan el supuesto concreto.

**Doctrina del enriquecimiento injusto: se requiere para su aplicación que el enriquecimiento no haya sido impuesto.**—La jurisprudencia del TS (SS de 27 de abril de 1999 y 1 de marzo de 2000) señala que no cabe proteger a quien enriquece a otro en contra de su voluntad.

**Gastos necesarios: concepto.**—Son los indispensables para la conservación de la cosa en su integridad física y funcional. (STS de 6 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El presente litigio tiene su origen en la nulidad de un arrendamiento (por ilicitud de la causa) en el que la entidad *Agency Group, S. A.*, era la arrendataria en virtud de la cesión del contrato que realizó don S. H. G.

La entidad *Agency Group, S. A.*, interpone demanda contra doña C. R. B. y los herederos desconocidos de doña C. B. A., suplicando se dicte sentencia en la que se declare, entre otras cosas, las siguientes: 1.<sup>a</sup>) el derecho de la demandante a que se le restituya cierta cantidad de dinero en concepto de gastos necesarios y de mejoras útiles realizadas en una finca propiedad de las demandadas; 2.<sup>a</sup>) el derecho de la demandante a continuar en la posesión de la finca objeto del litigio hasta que no se le restituyan dichas cantidades; 3.<sup>a</sup>) el derecho a recibir una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la nulidad del contrato de arrendamiento relativo a la finca objeto del litigio.

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

**49. Enriquecimiento sin causa: requisitos.**—En aquellos supuestos en los que el acreedor hipotecario se adjudique una finca hipotecada minorando con ello el crédito de remate y posteriormente venda dicha finca a un tercero por un precio superior, no resultará de aplicación la teoría del enriquecimiento injusto por no cumplirse los requisitos de la misma (aumento o disminución patrimonial, empobrecimiento del actor e inexistencia de justa causa). Tras la adjudicación del bien, el acreedor pasa a ser propietario y, por ello, por muy elevado que sea el precio de venta al tercero de ese bien, esto no hace disminuir el crédito existente y tampoco supone el surgimiento de un enriquecimiento injustificado.

**Allanamiento de los demandados: solidaridad.**—Existiendo solidaridad jurídica entre los demandados, por ser idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad, no es admisible llegar a un fallo distinto para cada uno de ellos en virtud del principio de unidad que debe presidir todas las resoluciones judiciales. Por este motivo, el allanamiento en estas circunstancias, nunca puede resultar vinculante para el juzgador.

**Diligencias para mejor proveer.**—Es constante la jurisprudencia del TS (SSTS de 27 de enero y 31 de mayo de 1972, 2 de abril de 1982, 23 de mayo

de 1985, 20 de enero de 1986, 2 de junio y 8 de octubre de 1987 y 8 de julio de 1988), que afirma el carácter potestativo de las diligencias de mejor proveer por parte del Juzgado que conozca del litigio, no siendo admisible su discusión por las partes, ni dando por ello lugar a recurso alguno. (STS de 29 de mayo de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—*Mapfre Hipotecaria, S. A.* concede un préstamo a *Suel Auto, S. A.* En garantía de su devolución se constituye una hipoteca sobre una nave industrial, y todo ello se consigna en escritura pública que tiene acceso al Registro. En documento privado consta el aval del préstamo por don M. H. L., doña R. C. P., don L. P. C. y doña C. L. G. Debido al incumplimiento, la entidad *Mapfre Hipotecaria, S. A.*, ejecuta la hipoteca, adjudicándosele dicha nave industrial al ser declaradas desiertas las dos primeras subastas, vendiéndola dos años más tarde a un tercero. Dicha entidad mercantil interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía reclamando, a la deudora y a los fiadores, el pago de la cantidad resultante de restar al importe adeudado la cantidad por la que se le adjudicó el inmueble hipotecado.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los demandados al pago de dicha cantidad más los intereses legales. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y condena a los demandados a pagar la cantidad que resulta de minorar la reclamada en la demanda menos la suma del precio obtenido por la venta del inmueble al tercero y el precio de adjudicación. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casando o anulando la sentencia de la Audiencia Provincial y acogiendo el fallo de instancia. (S. E. M.)

**50. Culpa extracontractual: muerto en accidente de trabajo: competencia jurisdicción civil.**—Pertenecen al orden jurisdiccional social las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo y aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades; y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC; doctrina reiterada en las SSTs de 21 de marzo de 1997, 13 de octubre de 1998, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999.

**Doctrina jurisprudencial.**—Las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos del TS no crean doctrina jurisprudencial a efectos del recurso de casación (por todas, STS de 4 de diciembre de 1995).

**Incumplimiento medidas de seguridad: diligencia exigible a la empresa minera: concurrencia de culpas.**—En el desarrollo de las actividades sumamente peligrosas, donde, sin duda, se ubican las mineras, es exigible una diligencia más intensa que la concerniente a un buen padre de familia, y

no basta con la observancia de las normas reglamentarias para considerar la inexistencia de responsabilidad. Precisamente con el objetivo de incrementar las precauciones fueron establecidas una serie de pautas en las disposiciones internas de seguridad en la mina en donde se produjo el accidente; ahora bien, su mera ordenación es inocua para la finalidad pretendida si por los agentes laborales, cualquiera sea su categoría o función, no se exterioriza la conducta correspondiente para el logro de su plena efectividad, o no se cumplen las previsiones establecidas, como ha sucedido en el supuesto del litigio, en el que las desobedecieron la propia víctima, el Delegado Minero de Seguridad, el Vigilante y el Director facultativo, al no exigir el último a los dos anteriores y éstos al picador que se cumpliera la disposición interna de seguridad número 19.22.

**Caso fortuito o fuerza mayor.**—Para que el suceso en cuestión origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y cuando el acontecimiento dañoso fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia, por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que como tal es excluyente de la situación de excepción que establece el artículo 1105 CC.

**Concurrencia de responsabilidades: doctrina general.**—Se alega que el accidente del picador se ha producido en la órbita del contrato de trabajo, en cuyo caso no cabe hablar sino de responsabilidad contractual; pero ello se desestima porque constituye doctrina jurisprudencial la de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), y ello da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. (STS de 15 de julio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Me parece oportuno que la sentencia haya resaltado con especial énfasis la mayor diligencia en la previsión del daño que recae sobre las empresas dedicadas a la extracción de carbón, al tratarse de actividades especialmente peligrosas. Lo que no impide valorar una actitud negligente en la víctima por desobedecer las normas específicas sobre seguridad vigentes en la mina; si bien lo que ocurrió es que ningún representante de la empresa, directamente relacionado con el accidentado con ocasión del trabajo, cumplió con sus deberes de vigilancia y seguridad. Concurrencia de responsabilidades que hacen claramente desplazar la balanza hacia el lado de la empresa, aunque la demanda solicitó veinticinco millones de indemnización y la instancia concedió ocho millones y medio (aproximadamente, un tercio de lo pedido).

El motivo basado en la yuxtaposición de responsabilidades parece encaminado a replantear el tema de la competencia civil, resuelto en FD 1.º. El accidente se debió a la falta de cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, lo que según alguna direc-

ción jurisprudencial permitía incardinar el tema en el ámbito laboral (así, en SSTs de 10 de febrero y 20 de marzo de 1998), según la cual la competencia es de la jurisdicción laboral cuando se infringen medidas de seguridad (cfr. mi anotación en ADC, 2001, p. 470). Ha sido oportuno, en este caso, la invocación de esa doctrina jurisprudencial extractada para justificar el rechazo del motivo, si bien queda en pie la fundamentación última del abandono de la referida doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

**51. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: derrumbamiento de silo de carbón: doctrina general sobre competencia civil.**—La doctrina de esta Sala que ahora se reitera, es que el daño causado al trabajador que está cumpliendo su función, no sólo da lugar a las acciones que contempla la legislación laboral, sino también a las que derivan de los artículos 1902 y 1903 CC, lo que da lugar a la compatibilidad de las responsabilidades e indemnizaciones (SSTs de 5 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 30 de noviembre de 1998 y 18 de mayo de 1999), y a la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la llamada responsabilidad extracontractual, lo que se reitera al expresar que el orden jurisdiccional civil es el que conoce de la acción personal de daños y perjuicios al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC, que excede de la órbita específica del contrato de trabajo (STS de 13 de octubre de 1998), competencia del orden jurisdiccional civil para resolver cuestiones como la presente, que se reitera constantemente (así, la STS de 15 de abril de 1999 resume la doctrina jurisprudencial, que igualmente recoge la STS de 7 de julio de 2000).

**Solidaridad y litisconsorcio pasivo necesario.**—Se rechaza la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la empresa de la que era trabajador el fallecido, pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que atribuye a los codeudores de la posible indemnización el carácter de solidaridad, que excluye el litisconsorcio pasivo necesario.

**Prescripción extintiva: Dies a quo: diligencias penales.**—El cómputo que establece el artículo 5 CC excluye el día inicial de aquél; por otro lado, según reiterada jurisprudencia, siguiéndose diligencias penales, el cómputo no comienza el día del auto de archivo sino el de notificación de éste, pues según la STS de 25 de marzo de 1996, la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente al derecho constitucional de la perjudicada de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño.

**Nexo causal y responsabilidad.**—Se declara probado que *Hunosa* omitió la diligencia debida y fue causa del daño personal de la víctima, consistente en la pérdida de la vida, no cabiendo en casación hacer supuesto de la cuestión partiendo en el motivo de datos fácticos diferentes, sin impugnarlos adecuadamente.

**Quantum indemnizatorio: incongruencia.**—Se alega incongruencia porque la demanda no menciona el *pretium doloris* y la sentencia sí lo hace; pero el recurso yerra sobre el concepto de incongruencia que es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia; en este caso, el fallo de la sentencia entra dentro del contenido del suplico de la demanda, limitándose a razonar la cuantía de la indemnización, en lo cual no hay incongruencia. (STS de 26 de abril de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia sigue la línea bien definida por la STS de 8 de octubre de 2001, en la que se hace un cuidadoso balance de la jurisprudencia recaída en la materia, sin olvidarse de las resoluciones contradictorias, inclinándose por mantener, en definitiva, la competencia civil (extractada en *ADC*, 2002, pp. 1966 ss., con anotación mía; en este mismo fascículo, STS de 15 de julio de 2002, en sentido idéntico). En la doctrina, resueltamente en contra de la atribución a la jurisdicción civil Yzquierdo Tolsada, «Responsabilidad civil por accidente de trabajo», en *Tratado de responsabilidad civil*, (a cargo de Reglero Campos, Cizur Menor, 2002, pp. 1392 ss.). En relación con el *quantum* indemnizatorio no hubo acuerdo en las sentencias de instancia. La demanda solicitó un total de cuarenta y cinco millones de pesetas de indemnización (veinticinco millones para la viuda y diez millones a cada una de las dos hijas menores); el Juzgado de Primera Instancia concedió la suma global de dieciséis millones, no indicando la forma de reparto; la AP otorgó doce millones a la viuda y seis a cada una de las hijas; la demanda utilizó, con relación a la suma total reclamada, la frase de *en concepto de indemnización por los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante*, aunque el último concepto no sea habitual invocarlo; ha hecho bien el TS en rechazar la supuesta incongruencia denunciada. (G. G. C.)

**52. Culpa extracontractual: responsabilidad por incendio en finca contigua con resultado de dos muertes: responsabilidad *in re ipsa*: juicio de probabilidad cualificada.**—En los casos de daños por incendio no es suficiente con expresar que no se ha acreditado cuál fuese la causa del siniestro, sin que sea preciso acudir a la teoría estricta de la creación del riesgo, porque la actividad desplegada por una costurera que almacena telas inflamables en habitación contigua es fundamento de responsabilidad por infringirse máximas de absoluta verdad y entendimiento universal, ínsitas en la naturaleza de las cosas, fundamento del principio de responsabilidad por la contigüidad razonable de las cosas (o *in re ipsa*), o en el juicio de probabilidad cualificada según STS de 30 de noviembre de 2002, todo lo cual conduce a la conclusión tan obvia como que quien tiene la cosa o habita un inmueble y en él se produce el evento dañoso, en principio y salvo que se produzca un *casus* habrá de pechar con el resarcimiento del daño o lesiones que se produzcan a quienes, como los fallecidos, bien ajenos estaban a esa onda expansiva de contacto con aquellas cosas.

**Culpa de la costurera profesional.**—Hay falta de vigilancia o descuido al no preservar los útiles de la costura profesional de su probable ignición, no evitando que de sus cosas propias se produzcan daños a los demás ajenos a las mismas.

**Inversión de la carga de la prueba: absolucón de la propietaria del piso.**—En el presente caso se integra el presupuesto de causalidad de probabilidad razonable, y por la inversión del *onus probandi*, se obtiene el actuar culpabilístico de la responsabilidad que se declara, la cual dista de la objetiva y no pugna con la clásica del reproche culpabilístico, del que no cabe acusar a la propietaria del piso que fue por completo ajena a la causa productora del incendio. (STS de 29 abril de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Hay una errata manifiesta en la fotocopia que manejo de la sentencia número 392/2002 pues el fallo dice *no haber lugar al recurso de casación*, cuando a continuación declara casar y anular la sentencia recurrida *estimando en parte la demanda*. Se trata de un *lapsus calami* susceptible de ser corregido mediante la lectura del resto del fallo. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó al abono de veinte millones de pesetas tanto a la ocupante de la vivienda en que se originó el fuego, como a su propietaria; la Audiencia Provincial absolvió de la demanda por no probarse la relación de causalidad. El TS (Pte.: Villagómez Rodil) estima el recurso y parcialmente la demanda, si bien corrige la argumentación que utilizó el Juzgado de Primera Instancia en el sentido de ser innecesario acudir a la responsabilidad por riesgo, bastando con el recurso a la inversión de la carga de la prueba y a la responsabilidad *in re ipsa*. La reciente STS de 7 de noviembre de 2000 ha declarado que cuando se produce un incendio por causas desconocidas no puede concluirse, sin más, que ha sido necesariamente fortuito (se trataba del incendio de un hostel instalado en un inmueble, con resultado de muerte: extractada en ADC 2000, p. 885 ss. con anotación mía). La sentencia es de aprobar en su fundamentación. (G. G. C.)

**53. Culpa extracontractual: caducidad de la instancia: inexistencia.**—Como ya señalé la añeja STS de 12 de diciembre de 1927, la caducidad de la instancia es sanción con que castiga la ley el abandono de los litigantes, y se hace preciso que tal abandono o inactividad sean imputables a la parte como proclama el artículo 412 LEC 1881 (SSTS de 5 enero de 1907, 21 de abril de 1986 y 29 de junio de 1993). En nuestro derecho, a partir de 1924 rige el impulso de oficio, o lo que es igual, el deber de los órganos jurisdiccionales de continuar la tramitación procesal sin necesidad de apremios o acuses de rebeldía, o cualquier otro acto de impulso de parte; por ello es difícil que se den los supuestos de caducidad, aunque no dejan de ser posibles ya que el Decreto de 1924 admite la suspensión a petición de ambas partes litigantes (STS de 29 de junio de 1993). En el presente caso el proceso en primera instancia estuvo paralizado por más de cuatro años, pero no procede la caducidad porque aquella paralización fue por causa independiente de la voluntad de los litigantes; la demora es únicamente imputable al Juzgado de Primera Instancia en donde estaban los autos que debieron ser remitidos a la Audiencia Provincial para la tramitación del recurso de apelación.

**Daños por colisión de vehículos: reclamación del acompañante de moto: prueba.**—La STS de 5 de abril de 1963 ratificada por la STS de 10 octubre de 1975, establecen que cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su propia diligencia. La STS de 19 de diciembre de 1986 añade que en aquellos casos en que aparece una conducta generadora de daño, corresponde a su autor demostrar la inexistencia de culpa y sufrir inversión de la carga de la prueba si no ha probado su inculpabilidad. Más recientemente las SSTS de 21 de octubre de 1994, 23 de abril de 1998 y 13 de julio de 1999, entre otras, siguen tal dirección evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario. La inversión de la carga de la prueba aparece conectada por la jurisprudencia de esta Sala con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolle el agente (así, SSTS de 8 febre-

ro, 4 de junio y 23 de septiembre de 1991, 20 de enero de 1992, 12 de julio de 1994, 4 de febrero de 1997 y 13 de julio de 1999).

**Incongruencia.**—No es de estimar porque en el extenso suplico de la demanda se solicitan todas las posibilidades de condena, directa y subsidiaria, de todos los demandados, sin que aparezca la condena en proporción determinada, ni señalando cuotas, sino que se pide la condena al pago de cincuenta millones de pesetas para ambos conductores, de la moto y del coche, y a sus respectivas compañías de seguro. Es de advertir que aunque el *petitum* del escrito inicial no se incluye expresamente la palabra *solidariamente*, que lo dice implícitamente al pedir que ambos conductores sean condenados a determinada suma sin especificar cuotas, lo que la sentencia interpreta adecuadamente como condena solidaria. (STS de 18 de julio de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—El accidente ocurre el 30 de agosto de 1982, por una colisión entre una moto y un coche, resultando lesionado el acompañante de la moto quien interpone dos demandas contra ambos conductores, que son acumuladas en 1988, y resueltas por sentencia de 30 de diciembre de 1989 del Juzgado de Primera Instancia estimando parcialmente la demanda. La siguiente diligencia se produce más de cuatro años después solicitando la caducidad de la instancia y el abandono de la acción, lo que fue estimado por el Juez. Recurrida la caducidad, fue estimado el recurso y dictada sentencia de apelación el 16 de marzo de 1994, se estimó también íntegramente la demanda, aunque en lo relativo a las aseguradoras sólo dentro de los límites del seguro correspondiente. El recurso de casación se rechaza conforme a la doctrina extractada.

Llama la atención la circunstancia, poco frecuente, de que transcurren veinte años entre los hechos y la sentencia del TS, con evidente negligencia del Juzgado que retuvo injustificadamente los autos por más de cuatro años. Como el accidentado quedó parapléjico a consecuencia de las secuelas de la colisión, cabe preguntarse cómo ha podido subsistir el lesionado durante estos años. Es de aprobar la declaración de no caducidad de la instancia (en el mismo sentido se pronuncia el art. 238 LEC 2000 al disponer «que no se producirá caducidad de la instancia o del recurso si el procedimiento hubiere quedado paralizado por fuerza mayor o por cualquier otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados»). (G. G. C.)

**54. Culpa extracontractual. Legitimación activa. Incongruencia. Perjudicado no propietario.**—Sucede en efecto que la UPV manifestó en la demanda ser propietaria del inmueble destinado a Escuela Universitaria de Empresariales en el momento de producirse los daños cuyo importe se reclama, titularidad dominical de hecho inexistente, por lo que la incongruencia consistiría en reconocer su legitimación activa cuando en realidad es meramente usuaria por cesión del Gobierno Vasco. Ahora bien, en la propia demanda la Universidad funda su legitimación activa en ser el sujeto que ha sufrido el daño y por tanto ha sido perjudicado, sufriendo unos desperfectos sin haber tenido culpa alguna; en consecuencia la inexactitud inicial de atri-



buirse la propiedad del inmueble deviene inoperante porque al ejercitarse una pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, carece de relevancia cuando el elemento determinante es ostentar la condición de perjudicado, por lo cual la sentencia es congruente.

**Daños por obras en finca colindante. Responsabilidad por hecho ajeno. Ampliación de los supuestos del artículo 1903 CC.**—Se declara probado que los daños causados al edificio destinado a E.U. de EE.EE. por el hecho de construirse un estacionamiento subterráneo en finca colindante, son atribuibles a la actividad de una empresa no demandada; pero la responsabilidad se funda en la interpretación jurisprudencial del artículo 1903, apartado 4.º, CC en los supuestos de contrato de obra, que viene a sentar el principio de que el dueño de la obra responde en todo caso siempre que se haya reservado el control o supervisión de la misma. La conclusión de la Audiencia Provincial se ajusta a la doctrina jurisprudencial por cuanto que la responsabilidad por hecho ajeno puede ampliarse a supuestos no específicamente previstos en el artículo 1903 y en relaciones entre empresas como las habidas en este caso sólo se exige que aquella que haya encargado a otra la realización de determinados trabajos mantenga alguna vigilancia o ingerencia en el desarrollo de éstos (SSTS de 4 de mayo de 1982, 26 de junio de 1984 y 4 de abril de 1997), como ocurre en este caso en virtud de la transmisión de la concesión administrativa originariamente adjudicada a la empresa no demandada.

**Prueba del daño causado.**—Es cierto que no se ha practicado prueba pericial propiamente dicha y en la fase procesal adecuada; pero tal circunstancia no obsta a que, por los demás elementos de juicio que se desprenden de los autos, convenientemente especificados en la sentencia, se llegue a conclusiones probatorias sobre la existencia de los daños y su importe, que es lo realizado por la Audiencia Provincial con toda lógica y ponderación, siendo de notar también que el informe del Centro de Investigación Tecnológica Labein, de carácter público, estudia exhaustivamente estos temas mediante una constatación documentada de los daños producidos y su importe mediante observación de aquéllos, siguiendo la evolución de los mismos y sus causas, sin que en realidad haya sido objeto de concreta contradicción. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre la ampliación jurisprudencial de los supuestos del artículo 1903 *vid.*, últimamente, Esther Gómez Calle, «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno» en el *Tratado de responsabilidad civil*, coord. Reglero Campos, Cizur Menor, 2002 cit. pp. 438 ss., con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales. (G. G. C.)

**55. Responsabilidad civil del Notario por negligencia de sus empleados: hipoteca unilateral en garantía de obligaciones: la Notaría como complejo unitario de actividad profesional.**—El Notario demandado actuó correctamente en la función profesional que le competía al autorizar una escritura de constitución de hipoteca unilateral en garantía de diez obligaciones hipotecarias, y a consecuencia de la misma se confeccionaron unos títulos que contenían una doble matriz, con lo que se actuaba en total concordia con el artículo 154 LH y con el artículo 247 RH; pero de esa doble matriz no hubo

toma de razón en el Registro de la Propiedad, gestión que se asume normalmente por la Notaría; y por no existir tal diligenciamiento en el mismo se pudo cancelar la hipoteca por impulso de un tercero ajeno a la presente cuestión, sin haberse cumplido sus fines para la parte demandante. Y como la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe éste responder de los perjuicios causados por las personas que tuviera empleados y con ocasión de funciones propias.

**Culpa in eligendo o in vigilando.**—La función notarial alcanza aquellas incidencias que tengan su origen, o su marco, en el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella, sobre todo cuando es el empleado o afecto a la Notaría el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento de la doble matriz aludida; con ello se configura plenamente la presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* en relación al Notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales. No se puede olvidar que el Notario como director de la Notaría está dentro de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad —la *accountability* anglosajona—, lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que ha encargado, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar cuando no se consigue la finalidad perseguida y se ocasionen concretos perjuicios.

**Quantum indemnizatorio: Damnum emergens y lucrum cesans.**—En cuanto al daño emergente es lógico que el montante alcance el importe de las cinco obligaciones no percibidas por cada uno de los demandantes que supone un importe de cinco millones cada uno; el lucro cesante comprende los intereses devengados con el rédito del 22 por 100 de demora pactado en la escritura de emisión, desde el 22 de diciembre de 1992 hasta el 15 de marzo de 1994 que hacen un total de 2.700.274 pesetas. (STS de 6 de junio de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia llamativa por su protagonista y por lo apodíctico y contundente de los argumentos constitutivos de la *ratio decidendi* al estimarse un recurso interpuesto por los particulares perjudicados contra dos sentencias de instancia coincidentes uniformemente en contra (Pte.: Sierra y Gil de la Cuesta). Si habitualmente se ha resaltado la actuación notarial como servicio público que pone al servicio de los particulares la *fides publica*, imprescindible para la seguridad del tráfico, la sentencia que extracto lo enfoca bajo la perspectiva complementaria de la actuación de una empresa privada cuyo titular responde por la negligencia de sus empleados (art. 1903.4 CC); lo que parece igualmente correcto pues aquel servicio público se presta a los ciudadanos mediante una organización empresarial, sujeta, por tanto, a las reglas civiles de responsabilidad. Sentencia, sin duda, importante por sus consecuencias prácticas ya que, acaso, pueda propiciar, en el futuro, el incremento de esta clase de reclamaciones. (G. G. C.)

**56. Culpa extracontractual: responsabilidad médica. Incompetencia de jurisdicción. Derecho transitorio. Causación de los daños y presentación de la demanda anteriores a la entrada en vigor de Ley de 1992.**—Se

reclaman las secuelas derivadas de intervenciones médicas ocurridas en 1987 y 1988, siendo presentada la demanda el 30 de julio de 1992, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 26 de noviembre de 1992 sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, por todo lo cual no procede estimar la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil.

**Traspaso de competencias sanitarias del Estado a la Generalidad Valenciana.**—No puede estimarse la falta de legitimación pasiva del Servicio Valenciano de Salud (SERVASA), pues aparte de constituir cuestión nueva, hay que tener en cuenta que el traspaso de competencias en materia de salud opera sin excepción y sin limitación alguna, y según el Decreto que lo acordó, el traspaso a la Generalidad de las obligaciones anteriores del Estado se efectúa a partir del 1 de enero de 1988.

**Daños por secuelas subsiguientes a operación de apendicitis.**—Hay que resolver sobre las causas determinantes de la aparición de la quemadura en el abdomen y del hidrocele en el testículo derecho, y hay que concluir que el motivo fue debido a un contacto con el antiséptico que habitualmente se usa, tintura de yodo, lo que revela que en la asistencia dispensada al menor no fue completa la diligencia, siendo el conjunto de deficiencias asistenciales el originador del daño, que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo tenía una concentración más elevada de la normal, unida al factor lumínico calorífico derivado de la lámpara del quirófano. En cuanto a otras secuelas nacidas de la intervención consistente en la punción aspiradora del hidrocele que derivó en una tumoración intraescrotal derecha, hay que confirmar la sentencia de apelación que estima que las anomalías en la salud del enfermo, posteriores a la inicial operación de apendicitis, tienen su causa en ésta y proceden del obrar descuidado de quienes intervinieron en los distintos actos médicos, procediendo la aplicación del artículo 1902 CC.

**Responsabilidad por el conjunto de deficiencias asistenciales: doctrina general.**—Cuando una reclamación se formula contra una Administración sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo, o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo. Cuando así ocurre los Tribunales acuden a la idea de *conjunto de posibles deficiencias asistenciales*, lo que exige al paciente de la prueba de en cual de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella. La STS de 16 de diciembre de 1987 puede considerarse precursora de esta doctrina jurisprudencial que invoca, no sólo la interpretación lógica, sino también sociológica de los preceptos reguladores, sin olvidar el soporte de la *aequitas* y con atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo.

**Daño desproporcionado. Carga de la prueba.**—Tiene declarado esta Sala que la doctrina sobre la carga de la prueba no opera, en principio, contra el médico o profesional sanitario, estando a cargo del paciente, aunque se excepciona cuando el daño es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación del médico ha quedado constatada por el propio Tribunal (SSTS de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 19 de febrero de 1998). (STS de 17 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El menor es operado el 17 de noviembre de 1987 al ser diagnosticado de apendicitis, y tras un postoperatorio normal se le aprecian vesículas de pus en el abdomen por quemaduras por el yodo que le han aplicado. El 22 del mismo mes presenta inflamación de pene que mejora con tratamiento y la quemadura evoluciona a queuloide objeto de resección el 13 de diciembre de 1987. El 24 de marzo de 1988 se le diagnostica un hidrocele secundario y el 6 de mayo de 1988 se le practica una punción-aspiración y el 1 de junio es intervenido para evacuar hematoma. (G. G. C.)

**57. Responsabilidad civil: culpa médica: falta de información del médico: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down: inexistencia de relación de causalidad.**—La relación de causalidad es *quaestio iuris* accesible a la casación, y en el presente caso se niega que exista entre la conducta impugnada al médico consistente en la falta de información a la paciente, y el resultado producido, el nacimiento de un niño afectado por el síndrome de Down. Dice la STS de 30 de noviembre de 2001 que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente en casos singulares un juicio de probabilidad cualificada, este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o buen sentido. En el presente caso cabe decir que, aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia afirma categóricamente «que la Sra. R. en ningún momento quiso abortar»; no existiendo prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse por tanto que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante aborto; por el mero hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus circunstancias personales, ello no permite suponer que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir la relación de causalidad, procede estimar el recurso. (STS de 7 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La codemandante de cuarenta años de edad, madre de tres hijos y que había tenido anteriormente un aborto espontáneo, acude a la consulta del demandado quien comprobó que la paciente se hallaba embarazada de dos meses y medio; transcurrido el plazo de gestación durante el cual fue asistida por aquél, dio a luz un hijo varón con síndrome de Down a quien se le detectó a las pocas sema-

nas de vida cardiopatía y hepatopatía; durante el embarazo la gestante acudió al médico al leer en una enciclopedia el riesgo de concebir el hijo con alguna malformación, si bien cabe suponer que las tenía antes por ser de dominio público que a partir de treinta y cinco años el embarazo comporta riesgos de este tipo; el ginecólogo se encargó de disiparlas diciéndole que no se preocupara y que todo iba normal; lo mismo hizo separadamente con el marido de la gestante. En la demanda interpuesta por ambos cónyuges, en nombre propio y de sus hijos menores, solicitaban al ginecólogo y a la entidad propietaria de la clínica privada en que aquél actuaba, una indemnización de doscientos sesenta millones de pesetas. La estimó parcialmente la demanda y condenó a la suma global de cincuenta y cinco millones de pesetas. En apelación se redujo la suma a 40 millones de pesetas, existiendo un voto particular que absolvía plenamente de la demanda. El TS estima el recurso, en coincidencia con el voto particular.

NOTA.—Se trata de un caso que la doctrina anglosajona denomina *wrongfull life*, etiqueta que también se ha difundido entre nosotros. La no uniforme doctrina jurisprudencial del TS al resolver los casos planteados se manifiesta aquí en la dirección restrictiva; ya que se declara que entre la omisión en que ha incurrido el médico al no informar adecuadamente a la gestante de los riesgos que en su situación personal conllevaba el embarazo, y el nacimiento de un niño con síndrome de Down no hay relación de causalidad, lo que, por lo demás, parece evidente; por otra parte, ningún elemento probatorio demuestra en la gestante la intención de acudir al aborto en el caso de darse la mencionada anomalía en el feto. Sobre casos similares: SSTS de 6 de junio de 1997 y 4 de febrero de 1999. Las circunstancias de esta última sentencia particularmente dramáticas, diferían parcialmente de las aquí concurrentes (en un centro del INSALUD se realizan determinadas ecografías a la gestante que no sirvieron para detectar las graves anomalías del feto, si bien, en definitiva, se absolvió tanto a la ginecóloga como a aquél: cfr. su extracto y mi anotación en *ADC*, 2000, pp. 1719-1721). En el presente caso parece clara la violación por el ginecólogo de su deber de informar, si bien la sentencia extractada no aclara el alcance jurídico de la misma; constituye, sin duda, un ilícito administrativo, pero la sentencia niega toda consecuencia civil, no hay relación de causalidad; y tampoco la gestante expresó su intención de abortar. En la doctrina Elena Vicente Domingo, «El daño», en el *Tratado de responsabilidad civil*, coord. por Reglero Campos, cit. pp. 252 ss. (G. G. C.)

**58. Culpa extracontractual. Muerte de menor de tres años por asfixia mecánica al ingerir golosina dada por su padre. Exoneración de la vendedora. Responsabilidad del fabricante.**—La entidad demandada comercializaba en España el producto de gominola fabricado en Italia, denominado *fresón*, que cumplía entonces las prescripciones reglamentarias; el 3 de marzo de 1994, en el kiosko que regentaba A. M.<sup>a</sup> G. J. se vendió al actor una bolsita de gominolas, quien entregó para su consumo uno de los caramelos a su hijo S., de tres años de edad: instantes después el niño se sintió indispuesto siendo trasladado al Centro de Salud de la localidad, en donde ingresó cada-

ver; el Forense manifestó que no se precisaba de la práctica de autopsia por ser evidente la causa de la muerte, que consistió en asfixia mecánica por sofocación provocada por la obstrucción de las vías respiratorias debido a la ingestión de una golosina, cuyos restos fueron vomitados por el niño poco antes de producirse el óbito; el 6 de julio del mismo, por denuncia de la madre, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha prohibió la comercialización del producto, y el Instituto Nacional del Consumo informó que el caramelo en cuestión implicaba un serio riesgo para la salud y seguridad de la población infantil, debido al tamaño, textura y constitución de la materia que lo forma, lo cual contraviene el artículo 31 LGDCU. Respecto de la expendedora del producto no se ha demostrado una conducta causante, en nexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta al vender la bolsita de caramelos al padre, y no al hijo. En cambio, respecto del fabricante, si bien en la fecha del suceso el caramelo comercializado cumplía las prescripciones reglamentarias, es de observar que el artículo 26 de aquélla requería *los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto*, lo que obliga a extremar las precauciones correspondientes a la propia esencia y a las características del producto; tratándose de que el consumo principal del caramelo se situaba en la población infantil, su ingestión podía poner en peligro la salud o la vida de dichos destinatarios finales.

**Artículo 28 LGDCU: responsabilidad objetiva o por riesgo creado.**—En esta norma singular se exige la garantía de determinados niveles de seguridad de los productos alimenticios y de los dirigidos a los niños; el criterio de imputación de responsabilidad se localiza en el hecho de que el consumidor sufra el daño, sin que sea preciso que haya mediado o no negligencia del fabricante, o comerciante, pues basta que aquél pruebe el daño y que el mismo sea efecto del bien o servicio, habiéndose acreditado en este caso el enlace entre la muerte del menor y la ingestión de la gominola.

**Responsabilidad del padre. Culpa compartida. Moderación de la indemnización.**—Al examinar la conducta del padre del menor fallecido, quien adquirió la bolsita de gominolas en un kiosko y proporcionó a su hijo una golosina de esta clase, se advierte que incidió en desatención pues tuvo que observar el tamaño del caramelo y considerar que, por sus proporciones, era impropio para el consumo de un niño de tres años de edad y, sin embargo, decidió su entrega a éste; pero tal responsabilidad se estima de menor grado que la del fabricante originándose un supuesto de culpa compartida admitida por la doctrina jurisprudencial, y que se traduce, no en una compensación de culpas sino de sus consecuencias pecuniarias, dando lugar a una moderación del montante económico a satisfacer que se reduce de los casi diez millones y medio de pesetas a seis millones. (STS de 10 de junio de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Frente a la unanimidad de ambas sentencias de instancia desestimatorias de la reclamación interpuesta por el padre de un menor que ingirió una gominola y murió por asfixia mecánica, la sentencia extractada, con mejor criterio a mi juicio (Pte.: García Varela), encontró argumentos en la LGDCU para estimar parcialmente la reclamación interpuesta por su padre. Los hechos se producen antes de la entrada en vigor de la Ley de 1994 que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva Comunitaria de 1985 sobre la responsabilidad por los productos; por tanto, sin otro horizonte norma-

tivo que el general del Código y el novedoso cap. VIII de la LGDCU de 1984 (sobre las ulteriores vicisitudes legislativas *vid.* M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en el vol. *Tratado de responsabilidad civil*, coord. Reglero Campos, Cizur Menor, 2002, cit. p. 1193 ss. La sentencia extractada continúa la línea ampliamente favorable al consumidor que se había manifestado en SSTs de 15 de marzo de 1989, 25 de marzo y 3 de octubre de 1991 y 31 de julio de 1997, entre otras, y debe aprobarse en principio, si bien resulta tratado con alguna dureza el progenitor del niño fallecido (¿le era exigible otra conducta?) pues se le acusa de *desatención* (¿hasta el punto de reducir casi a la mitad la indemnización solicitada?) al entregar a su hijo la gominola que no contenía en su envoltorio ninguna advertencia ni contraindicación. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**59. Propiedad. Acción reivindicatoria: requisitos.**—La acción reivindicatoria precisa, para prosperar, sendos requisitos relativos al demandante, al demandado y a la cosa. En cuanto al demandante, que es el propietario no poseedor, debe probar su derecho de propiedad; el demandado, poseedor no propietario, puede impedir el éxito de la acción probando su derecho a poseer; la cosa reivindicada debe reunir los requisitos de identidad e identificación. (SSTs de de 25 de junio de 1998 y 28 de septiembre de 1999.)

**No es necesario solicitar la nulidad del título del demandado para que prospere la acción reivindicatoria.**—No tiene sentido mantener que al ejercitar la acción reivindicatoria, el demandante tiene que incluir en su demanda, como petición principal, la nulidad del título que invoca el demandado. En primer lugar, porque no puede saber qué invoca el demandado hasta que conteste la demanda y, en segundo lugar, porque si niega todo derecho a poseer del demandado, ninguna petición de nulidad procede.

**La teoría del título y el modo como medio de adquirir y transmitir el derecho de propiedad.**—En Derecho español, el contrato no transmite por sí mismo el derecho de propiedad, sino que se sigue la teoría del título y el modo. Así, el artículo 609 CC prevé la adquisición de la propiedad por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, lo que ratifica el artículo 1095 del mismo Cuerpo legal que dispone que el adquirente por contrato no adquirirá derecho real sobre la cosa hasta que haya sido entregada (SSTs de 9 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

**El precio es elemento esencial en la compraventa.**—La falta de precio y, en consecuencia, la falta de consentimiento sobre el mismo genera la inexistencia de la compraventa a tenor de los artículos 1445 y 1450 del CC.

**La inexistencia contractual (de la compraventa, en este caso) se equipara —por similitud de sus efectos— a la nulidad, aunque sean dos conceptos dogmáticamente distintos.**—Ello implica que es de aplicación a la inexistencia el artículo 1303 CC relativo a la nulidad de los contratos. (STS de 13 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El actor ejercita una acción reivindicatoria al considerar que no perfeccionó el contrato de compraventa en virtud del cual el demandado adquirió de aquél la finca objeto del pleito. Quedó demostrada la ausencia de precio en la venta, lo que produjo una falta de perfeccionamiento del contrato y, en consecuencia, la inexistencia de la transmisión. El Juzgado estimó la demanda, la Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y consideró válida la adquisición de la finca por parte del demandado. El TS da lugar al recurso de casación presentado por el actor. (*I. D. L.*)

**60. Acción reivindicatoria. Requisito de identidad de la finca.**—La S de 1 de diciembre de 1992, dice que la identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno con sus cuatro puntos cardinales, debiendo éstos concretarse con toda precisión y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del artículo 348 CC (SS de 12 de abril de 1980, 6 de febrero de 1982, 31 de octubre de 1983 y 17 de enero de 1984).

Tratándose de bienes inmuebles, la jurisprudencia ha precisado los elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de decidir si se cumple o no este requisito de identidad de la finca reivindicada. La S de 21 de marzo de 1985 dice que la identidad de las fincas se ha de comprobar atendiendo principalmente, al nombre con el que se les designa, a sus cabidas y linderos y a cuantos medios adecuados sean utilizados para la formación de juicio por el juzgador, originando, según proclama la S de 6 de octubre de 1915, aún habiéndose producido inscripción registral, una cuestión de hecho contraída a la identificación de las fincas y a la determinación del terreno que corresponda a los títulos respectivos, ya que las inscripciones del Registro de la Propiedad acreditan solamente la actuación del funcionario encargado del mismo, pero no son documentos auténticos que comprueben por sí solos la realidad del derecho al ser mera corroboración del título en que conste el derecho. A través de los linderos y cabida de la finca, estima probada su identificación la S de 10 de julio de 1987, porque esta descripción da idea de tres linderos fijos: un camino y un arroyo, linderos naturales, y un olivar de tercera persona, por lo que a partir de esos tres linderos, se puede obtener mediante la aplicación de la cabida, el cuarto lindero que es común con los demandados. Da idea pues de una situación, incluso de una forma cuadrangular y de una cabida, suficientes para una identificación con la exactitud exigibles. (**STS de 23 de mayo de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ejercitó la actora acción reivindicatoria frente al Ayuntamiento de Torroella de Montgrí, la Generalitat de Cataluña, *Edificios Boston, S. A., Promociones Bruguera, S. A., y Promociones Alcamar, S. A.* Manifestaba la demandante haber heredado la finca de su padre sin que pudiera acreditar debidamente su titularidad dominical. Tampoco quedó identificada la finca objeto de la acción con la claridad suficiente. Ambas circunstancias justificaron la desestimación de la demanda por el Juzgado. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia y no hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*R. G. S.*)



**61. La indemnización expropiatoria se identifica, en el caso, con el derecho a obtener una concesión administrativa.**—El motivo quinto de este recurso se desestima porque la sentencia de la Audiencia dedica su FD 2.º a la respuesta de la cuestión aquí suscitada, con la determinación de que el derecho a obtener una concesión administrativa constituye en este caso la indemnización misma, mediante una argumentación que es aceptada por esta Sala, sin que el planteamiento de la recurrente relativo a que el sistema indemnizatorio establecido en la Ley 22/1988 sea insuficiente para sus intereses, constituya materia a dilucidar en este juicio.

**Sistema indemnizatorio de la Ley 22/1988, de Costas.**—Esta Sala tiene declarado, en S de 22 de marzo de 2002, que «el artículo 132.2 de la Constitución, al señalar que “son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”, no contiene una expresa excepción de los derechos adquiridos legítimamente por particulares. La derogación *ad futurum* que el precepto constitucional implica en su apartado 1 («la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad»), así como la regulación de la Ley del Patrimonio del Estado y del Patrimonio Nacional, en cuanto a su administración, defensa y conservación (artículo 132.3), no significa que en caso como el presente en que el Estado enajene legítimamente tales bienes a adquirentes de buena fe, vayan ahora a ser expropiados sin la correspondiente indemnización, porque ello conculcaría el artículo 33.3 CE. La doctrina del principal intérprete del Texto Fundamental, el Tribunal Constitucional, tiene declarado al respecto que «la garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 33.3, cuando precisa que la privación de bienes y derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes —STC 111/1983, de 2 de diciembre— y asimismo reconoce un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación —STC 108/1986, de 29 de julio—, cuya doctrina es aplicable al supuesto de autos, habida cuenta que la demandante adquirió los terrenos objeto del pleito mediante escritura pública de 17 de diciembre de 1985, documento que no ha sido impugnado de contrario, los cuales estaban inscritos en el Registro de la Propiedad de Ayamonte, cuyo primer titular registral fue el Ayuntamiento de esta localidad, y a cuya inscripción originaria han sucedido las posteriores practicadas a favor de los particulares que traen causa de la inicial, entre ellos la actora, con lo que se han cumplido los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la Ley de costas de 1969, para que pueda reconocerse la propiedad privada sobre terrenos en un principio demaniales con anterioridad a la Ley de costas de 1988, toda vez que la primera inscripción fue practicada antes de la entrada en vigor de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, que es uno de los presupuestos necesarios para ello, amén de los reconocimientos de carácter privado de dichos terrenos realizados por la Administración y que se detallan en la sentencia recurrida.

En definitiva, los terrenos de que se trata quedaron sometidos al régimen establecido en la Ley de costas de 1988 para la utilización del dominio público a partir de la promulgación de este texto legal, y el medio compensatorio o

indemnizatorio establecido es el que se determina en la DT 1.2 de la repetida normativa.

**Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.**—El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [...] es el ostentado por cualquier persona para ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante los órganos judiciales con la finalidad de que le sean satisfechas, lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonablemente, con arreglo a Derecho y en un plazo también razonable, a lo largo de un proceso en que todos los titulares de derechos e intereses afectados puedan alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones. (STS de 7 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Isla Canela, S. A.* demandó al *Ministerio de Obras Públicas y Transportes*. La cuestión litigiosa giraba en torno a si los bienes adquiridos por la actora, objeto de un deslinde aprobado por Orden Ministerial de 5 de marzo de 1980, quedaban o no afectados por la DT 1.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Protección, Utilización y Policía de Costas. El Juzgado acogió parcialmente la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia. Ambas partes interponen recurso de casación que el TS desestima. (R. G. S.)

**62. No cabe presumir la existencia de un pacto de indivisión de la cosa común.**—Siendo facultad que corresponde a los comuneros la de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, no puede afirmarse como se hace en la instancia, que el no ejercicio de esa facultad durante un período de tiempo más o menos largo permita deducir de ello, conforme a las reglas del criterio humano, la existencia de un pacto de indivisión y menos aún la duración del mismo, requisito esencial para la validez del pacto de indivisión.

**Extinción de la comunidad e indivisibilidad jurídica de la cosa común por razones económicas.**—La circunstancia de que la división material de la vivienda comporte cuantiosos gastos para su realización no puede condicionar la extinción de la comunidad, obligando a los comuneros a permanecer en la indivisión en contra de su manifestada voluntad de salir de esa situación; ante esta situación de indivisibilidad jurídica, por razones económicas, es de aplicación el criterio mantenido en S de 19 de junio de 2000 según la cual «del mismo modo que si se ha peticionado la división material y la cosa es indivisible, el Juzgador debe acordar la venta en pública subasta, de conformidad con lo establecido en el artículo 404 CC, sin que ello implique incongruencia (SS de 26 de febrero y 30 de mayo de 1981)», y la S de 3 de abril de 1995, en supuesto en que se interesó, exclusivamente, la división material, dice que «al no ser posible la división material o física del local litigioso, dada la indivisibilidad jurídica del mismo, según ya se ha razonado anteriormente, para poder poner fin al condominio, en el que ningún condueño está obligado a permanecer (art. 400.1 CC), y habiendo solicitado el actor don J. H. A. la extinción del mismo, la única solución legal posible es la de que si los condueños no se pusiesen de acuerdo en que se adjudique a uno de ellos indemnizando al otro o sobre la venta extrajudicial del mismo, habrá de procederse a su venta en pública subasta con admisión de licitadores extra-

ños, repartiendo el precio por partes iguales, entre los dos condueños (arts. 404 y 1062 CC)».

Al no acceder la sentencia recurrida a la extinción de la comunidad de bienes existente entre los litigantes, infringe el artículo 400, párrafo primero; CC, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala antes citada. (STS de 22 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El litigio que enfrenta a las partes se refiere a la división de una cosa común, en el caso una vivienda. Desestimada la demanda en ambas instancias interponen recurso de casación los actores declarando el TS haber lugar. (R. G. S.)

**63. División material de la planta de un inmueble en régimen de propiedad horizontal. Consentimientos necesarios para ello. Normativa aplicable. Fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados.**—En el segundo motivo se alega infracción de la sentencia recurrida del artículo 8 en relación con los artículos 5 y 16.1.<sup>a</sup> LPH de 21 de julio de 1960, porque entiende que aunque el primero de los indicados artículos de la Ley de propiedad horizontal, permite la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, sin embargo para ello, además del consentimiento de los titulares afectados, se necesita la aprobación de la Junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5, sin alteración de la cuota de los restantes, y entendiendo que tal división material afectaría al título constitutivo, ya que la misma implicaría modificar elementos esenciales del título de constitución, por lo que a tenor de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 16 de la referida ley, para la división material se exige la unanimidad de todos los propietarios.

Entendemos que ha de estimarse este motivo y ello sin necesidad de hacer disquisición alguna, en torno a si para la aprobación de la división de la planta cuarta del inmueble sito en la calle Atocha número 97, de Madrid, se necesita la unanimidad o es suficiente la mayoría, primero por haberse desestimado la aprobación de la división en Junta de propietarios, y por que es claro que la sentencia de la Audiencia, en vez de aplicar el artículo 8 LPH, que se refiere concretamente a la posibilidad de que los pisos o locales sean objeto de división material para formar otros más reducidos e independientes, tuvo solamente en cuenta un precepto como es el artículo 348 CC, que se refiere de forma general a las facultades del dominio, en el que además se prevé que éstas están sometidas a las limitaciones establecidas en la leyes, y es una de las que pone límites a estas facultades de dominio la que regula el régimen de propiedad horizontal.

Pues bien, en el artículo 8 de esa ley, establece como queda dicho la facultad de dividir los pisos y locales, pero para que tal división surta efecto, es preciso, como señala el párrafo segundo del mencionado artículo, además del consentimiento de los titulares afectados, que en este supuesto no hay duda de que ha sido prestado, «la aprobación de la Junta de propietarios», aprobación que no la han obtenido los demandados, pese a que fue solicitada en forma, en cuanto en la Junta de propietarios, celebrada el 27 de julio de 1993, se les deniega la autorización para dividir el piso cuarto en cuatro viviendas distintas e independientes; acuerdo como dice la sentencia dictada en primera

instancia, que devino firme por no ser recurrido por los titulares de la planta cuarta, por lo que también se hizo innecesaria la remisión que hace el artículo 8 al artículo 5 LPH, para la fijación de nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, que debería haberse hecho, en su caso, como determina el apartado último del párrafo segundo del citado artículo 5, tomando como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento exterior o interior, su situación y el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes. (STS de 30 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios de la calle Atocha número 97 de Madrid interpone demanda sobre alteración de elementos comunes contra varios copropietarios. Éstos habían modificado elementos comunes del inmueble cambiando además la configuración interna del piso 4.º de la finca sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvenición de los demandados. La Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente la apelación de éstos. Ha lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la comunidad. (R. G. S.)

**64. Sanación del acuerdo de la junta de propietarios por caducidad de la acción.**—En el motivo segundo se acusa la infracción de los artículos 15, párrafo segundo, LPH de 1960 y 6.3 CC. En síntesis, se alega que al no concurrir en la convocatoria y en la celebración de la Junta los requisitos que exige el artículo 15 LPH de 1960 se produce el efecto del artículo 6.3 CC de nulidad radical que es insubsanable y por consiguiente no susceptible de caducidad.

El motivo no puede ser acogido porque la jurisprudencia dictada en aplicación de la Ley de 21 de julio de 1960 distingue las ilegalidades que por afectar estrictamente al régimen de propiedad horizontal se encuentran sometidas a la normativa del artículo 16.4, y a las que, por ende, es aplicable la sanción por el transcurso del plazo de caducidad, en cuya previsión normativa es incardinable el supuesto que se examina, de aquellas otras infracciones que por atentar a la esencia de la institución, contravenir disposiciones imperativas o prohibitivas sin estar legalmente previsto un efecto distinto, o conculcar las reglas de la moral o el orden público, o implicar fraude de ley, determinan la nulidad radical e insubsanable. Y en este sentido, cabe citar las SS de 26 de junio de 1993, 24 de julio de 1995, 18 de noviembre de 1996, 7 de abril, 7 de junio y 9 de diciembre de 1997, 26 de junio de 1998 y 5 de mayo de 2000, entre otras.

Por lo razonado debe desestimarse también el tercer motivo, en el que se denuncia infracción del artículo 11 en relación con la norma primera del artículo 16, ambos de la LPH de 21 de julio de 1960, y jurisprudencia que los interpreta, pues, aunque el tema fue jurisprudencialmente polémico como ponen de relieve varias sentencias y con especial atención la de 7 de abril de 1977, ha terminado por prevalecer (SS de 7 de abril y 7 de diciembre de 1997, 26 de junio de 1998, 5 de mayo de 2000) el criterio de que la sanación por caducidad de la acción es aplicable no sólo a los acuerdos en que basta la mayoría sino también a aquellos otros, como el del caso (en que se acuerda la

distribución del uso y disfrute de un patio común entre los comuneros), en que es preciso que concorra la unanimidad. (STS de 27 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado estimó la demanda formulada por dos propietarios frente a los restantes miembros de la comunidad y dejó sin efecto el acuerdo adoptado por la Junta de propietarios sobre división del patio común, además de condenar a los copropietarios demandados a derribar a su costa las construcciones y cerramientos levantados en dicho espacio. La Audiencia Provincial revocó en apelación la sentencia del Juzgado desestimando la demanda por caducidad de la acción. Los actores interponen recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

**65. El pacto de exclusiva para el ejercicio de una actividad comercial integrado en los Estatutos de una comunidad de propietarios no vulnera las disposiciones de libre comercio y competencia.**—El artículo 27 *bis* de los Estatutos reguladores de la comunidad actora establece literalmente lo siguiente: «concedido contractualmente a un local el ejercicio de una actividad con carácter de exclusiva, en ningún otro local del centro comercial podrá desarrollarse la misma actividad, ni siquiera de forma parcial, fraccional, complementaria, accesorio, secundaria, marginal o temporal, salvo que medie autorización expresa del titular de la exclusiva. El incumplimiento de esta obligación y consiguiente ejercicio, en algún otro local, de una actividad concedida en exclusiva, aun en las antes indicadas formas parciales, se considerará, de conformidad con lo determinado en el artículo 27 de estos Estatutos, como actividad no permitida estatutariamente, quedando facultados y legitimados indistintamente, tanto la comunidad de propietarios, a través de sus órganos rectores, como el titular de la exclusiva presuntamente perturbada para ejercitar las acciones previstas en el artículo 22 de estos Estatutos, artículo 19 LPH de 21 de julio de 1960, o cualquier otra que estimare procedente en orden a obtener, en definitiva, el cese de la infracción o privación del uso del local para el infractor o el lanzamiento o resolución del contrato cuando se tratare de ocupante no propietario».

Limitaciones como ésta se introducen frecuentemente en los Estatutos de comunidades de propiedad horizontal relativas a centros o galerías comerciales, con la intención, por una parte, de integrar distintos tipos de negocios para completar los servicios a los clientes, y, por otra, para evitar la duplicidad de puestos o tiendas similares dentro del mismo recinto.

Estos pactos —contemplados y autorizados en los arts. 5, párrafo tercero, 7, párrafo tercero, y 19 LPH de 21 de julio de 1960, y en la reforma introducida en la misma por la Ley 8/1999— no vulneran las disposiciones de libre comercio y competencia aducidas por la recurrente.

En este caso, la prohibición de que se trata figura claramente en los Estatutos de la actora, obra inscrita en el Registro de la Propiedad, es de obligado cumplimiento para la comunidad de propietarios y perjudicará a terceros (art. 5 LPH). (STS de 8 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios *Centro Comercial del Zoco de Pozuelo* demandó a *Establecimientos Alfaro, S. A.* El con-

flicto se centraba en la eficacia de una regla estatutaria de la comunidad actora relativa a que, en el supuesto de concesión en exclusiva de una actividad comercial a algún local del centro comercial, no podría realizarse la misma en ningún otro, salvo que mediase autorización del titular de la exclusiva. En el caso la actividad se concretaba en la venta de «complementos y artículos para animales» dándose la circunstancia de que el mismo negocio se desarrollaba en otro de los locales, faltando la pertinente autorización por parte del titular. El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue parcialmente revocada en grado de apelación por la Audiencia. Recurrió en casación el *Grupo Alfaro, S. A.*, declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

**66. Los anuncios conocidos como «ofertas de trabajo o empleo» suponen una actividad creativa susceptible de propiedad intelectual con la tutela jurídica correspondiente.**—Para el estudio y resolución de la cuestión casacional planteada hay que partir de la base de dos premisas: una, como es la plasmada en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, que establece que la publicación sobre ofertas laborales realizada por la firma *Talleres de Imprenta, S. A. (TISA)-La Vanguardia*, ahora parte recurrente, es una obra colectiva según el artículo 8.1 de la Ley 22/1987, y de creación única y autónoma en la que se funden las aportaciones de diferentes autores —aspecto positivo—, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de éstos un derecho sobre el conjunto —aspecto negativo.

La segunda premisa, fundamentada en los autos, es que la entidad recurrente *C. I. Laborales, S. L.*, a través de la revista *Sol (Setmanal d'Oportunitats Laborals)* ha publicado ofertas de anuncios de empleo aparecidos en otros medios de comunicación, entre ellos los de la referida obra colectiva *La Vanguardia*; al inicio, haciendo constar la fuente de procedencia, más tarde con la fórmula aludiendo a la «prensa diaria» como tal fuente, para terminar eludiendo cualquier referencia a la procedencia de tales anuncios; todo ello sin copiarlos o reproducirlos literalmente y además con otro formato pero con el mismo contenido.

Plasmado lo anterior, es preciso ya adentrarse en consideraciones jurídicas que se derivan de tales premisas.

Ante todo hay que proclamar que la persona jurídica recurrente en casación es la editora y propietaria de una obra colectiva de publicación y que desde luego ostenta la titularidad de los derechos de explotación de la misma. Abarcando dichos derechos sobre la totalidad de tal obra colectiva, así como sobre aspectos parciales de la misma, que en el presente caso abarcarán la sección de ofertas laborales. Todo ellos se infiere, aparte de ser reconocido en la sentencia recurrida, de una interpretación lógica del artículo 8 de la Ley 22/1987, puesto que dicha obra colectiva cuyo aspecto parcial es el de las ofertas laborales, supone una actuación de medios personales y materiales, dirigida a un fin concreto de edición y divulgación, que necesita una actividad coordinadora ineludible, sin que puedan separarse los derechos de dicha obra colectiva en favor de sus realizadores concretos.

Como se verá, hasta este momento, la concordancia con las tesis de la sentencia recurrida es casi total.

Pero es en la valoración de dichas ofertas o mensajes de ofrecimientos laborales donde inexcusablemente ha de surgir la motivación que hará estimable el actual motivo.

Pues no se puede aceptar que con un enfoque hermenéutico de la normativa de la propiedad intelectual, dichos anuncios de ofertas laborales recogidos de una publicación por otra, ya sea *per se* o como integrantes de un *totum* deban quedar sin el amparo lógico de toda propiedad intelectual por no tener tal naturaleza.

Y ello no es asumible, desde el instante mismo que dichos anuncios conocidos con la denominación de «ofertas de empleo o trabajo», suponen lisa y llanamente una actividad creativa con cargas de originalidad, que no pueden encasillarse en cláusulas de estilo o usos tipográficos.

No hay que olvidar en este aspecto que un ofrecimiento de un puesto de trabajo, con la carga socio-económica que supone, precisa una actividad intelectual de cierto calado para hacer atractiva la oferta y con el fin de obtener un éxito que redundaría a favor, tanto del oferente como del futuro solicitante, así como del medio en el que se plasma la misma, que tiene, por ello, el derecho a ser protegido en su afán creador. (STS de 13 de mayo de 2002; ha lugar.)

*HECHOS.—Talleres de Imprenta, S. A. (TISA) demanda a C. I. Laborales, S. L., por reproducir y distribuir esta entidad anuncios publicitarios de La Vanguardia —concretamente, las denominadas «ofertas de empleo»— sin disponer de autorización. Se solicita en la demanda que se le prohíba a C. I. Laborales, S. L., la realización de la mencionada actividad, más el pago de determinadas cantidades en concepto de indemnización por los daños morales y los perjuicios económicos causados. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia el recurso de apelación que interpone la demandada. Presenta TISA recurso de casación, que el TS acoge. (R. G. S.)*

**67. Distinción entre gastos necesarios y útiles. Relevancia a efectos de su abono de la buena o mala fe del poseedor. Modificación sobrevenida de la buena fe.**—El artículo 453 CC distingue los gastos necesarios de los útiles. Los primeros responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente (S de 26 de noviembre de 1998), pues en todo caso los referidos desembolsos los hubiera tenido que hacer quien resulte vencedor en la posesión discutida, por lo que a efectos de evitar situaciones de enriquecimiento injusto, el referido artículo 453 CC, en relación al 455 CC, viene a otorgar el derecho de su reembolso a todos los poseedores, sin distinguir lo sean de buena o mala fe.

No sucede así respecto de los gastos útiles, los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementan su producción o su rendimiento, con repercusión consecuente de su mayor valor en venta. El Código Civil no define tales gastos y es sólo el artículo 57 LAR el que hace referencia a los mismos, al tener en cuenta las mejoras útiles, que refiere a las obras que se incorporan a la finca y ocasionan aumento duradero de su productividad, rentabilidad o valor agrario. A estos gastos sólo tienen derecho los poseedores de buena fe.

El desarrollo del motivo contiene el alegato de que el recurrente ostenta la condición de poseedor de buena fe continuada y por ello los gastos útiles le

deberán ser abonados hasta el cese definitivo en la posesión, asistiéndole el correspondiente derecho de retención.

La impugnación no procede ya que, conforme a los hechos probados, no se trata de un supuesto de total y plena ignorancia por parte del recurrente de los derechos que asistían a la actora, es decir, del vicio que podía invalidar su título de adquisición (art. 433 CC), pues en este caso sí conocía y tenía acceso para poder alcanzar que su compraventa de la finca podía resultar ineficaz, pues en la escritura de 10 de abril de 1989 se hace constar bien expresamente, en el capítulo de cargas, que según el Registro de la Propiedad constaba una sustitución fideicomisaria, ordenada por el padre de la demandante en su testamento y no figurando registralmente que ésta hubiera cedido sus correspondientes derechos, es decir, los conservaba y al consolidarse en la misma y acceder a la titularidad de la finca, conformaron título en virtud del cual plantó la demanda para reivindicarla.

Se trata, por tanto, de una sustitución fideicomisaria vigente y confirmada a favor de la actora, perfectamente conocida por el recurrente, al que si bien le asistía una buena fe de principio, por cuanto la titularidad de su derecho no había sido impugnada, aquella situación resultó alterada desde el momento en que fue emplazado para contestar a la demanda interpuesta por doña E. F. N., produciéndose una modificación sobrevenida de la buena fe que le asistía al ejercitar su derecho la demandante, derecho que permanecía expectante y subsistente, entrando en juego el artículo 435 CC en cuanto prevé que la posesión de buena fe pierde este carácter desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente y sin negar a éste el derecho a defenderse, por lo que no procede exigirle el allanamiento, evidentemente la situación registral conocida se tradujo en realidad jurídica materializada al promoverse demanda, recobrando su vigencia y efectividad el gravámen fideicomisario inscrito y es a partir del acto procesal del emplazamiento para contestar a la demanda cuando los gastos útiles que pudiera haber realizado el recurrente dejan de ser reembolsables y están desasistidos del derecho de retención, pues se presentan como gastos arriesgados, verificados a su comodidad y por su cuenta, con lo que la retención sólo abarca y despliega los efectos que la Ley le atribuye hasta el tiempo que la sentencia declara ha poseído de buena fe y esto es así, por lo que no se prolonga más allá y menos hasta que se produzca el cese definitivo en la posesión. (STS de 20 de mayo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El litigio que enfrenta a doña E. y a don F. se centra en la reivindicación por parte de la primera de una finca gravada con una sustitución fideicomisaria inscrita a su favor en el Registro de la Propiedad. Se opone el poseedor del inmueble, don F., y reconviene reclamando, para el caso de que se estime la pretensión de la actora, el abono de los gastos útiles y necesarios hechos en la finca. El Juzgado estima la demanda y, parcialmente, la reconvencción condenando a la actora al abono de los gastos necesarios pero no al de los útiles en la medida solicitada por el poseedor demandado. Ape-lan ambas partes y la Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. El TS estima el recurso de casación que interpone el demandado pero sólo en el particular relativo a la condena en costas en la primera instancia. (R. G. S.)



**68. Usucapión: posesión en concepto de dueño. Requisitos y sentido en el que debe entenderse que se trata de una «cuestión de hecho».**—El motivo debe ser desestimado porque incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión al partir como probado del supuesto de hecho contemplado en la norma en contra de lo apreciado en la resolución recurrida sin haber obtenido previamente el reconocimiento de la realidad de aquél. Por ello, si la Sala de instancia llegó a la conclusión de que el demandante «no ha justificado su título de dominio porque ni posee la finca en concepto de dueño desde el año 1950, ni aun tomando como fecha inicial para el cómputo de la prescripción el año 1977, en que por primera vez se le abonan las rastrojeras, habrían transcurrido los treinta años exigidos por el artículo 1959 CC, y no puede decirse tampoco que poseyó en concepto de dueño, todo lo más cultivó con la tolerancia de sus auténticos propietarios (arts. 432, 444, 447, en relación con los arts. 1941 y 1959 CC)», es claro que no se han infringido los preceptos expresados en el enunciado con arreglo a los cuales sólo la posesión que se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para la usucapión del dominio, cuya exigencia es de aplicación tanto para la usucapión ordinaria como para la extraordinaria (SS de 8 de octubre de 1928, 9 de febrero de 1935, 23 de abril de 1948, 3 de octubre de 1962, 30 de septiembre y 20 de noviembre de 1964, 23 de junio de 1965, 3 de octubre de 1966, 19 de mayo y 26 de octubre de 1984, 11 de marzo de 1985, 6 de junio y 5 de diciembre de 1986, 2 de julio de 1991, 24 de enero y 10 de julio de 1992, 3 y 28 de junio de 1993, 7 de febrero y 17 de noviembre de 1997, 16 de noviembre de 1999 y 29 de diciembre de 2000).

La jurisprudencia viene reiterando que el requisito no es un concepto puramente subjetivo e intencional (SS de 20 de noviembre de 1964, 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 19 de junio de 1984, 5 de diciembre de 1986, 10 de abril y 17 de julio de 1990, 14 de marzo de 1991, 28 de junio de 1993, 6 y 18 de octubre de 1994, 25 de octubre de 1995, 7 y 10 de febrero de 1997 y 16 de noviembre de 1999), por lo que no basta la pura motivación volitiva (SS de 6 de octubre de 1975 y 25 de octubre de 1995) representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso además el elemento objetivo o causal (SS de 20 de noviembre de 1964 y 18 de octubre de 1994) consistente en la existencia de «actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico» (SS de 3 de octubre de 1962, 16 de mayo de 1983, 29 de febrero de 1992, 3 de julio de 1993, 18 de octubre y 30 de diciembre de 1994, 7 de febrero de 1997), «realización de actos que sólo el propietario puede por sí realizar» (S de 3 de junio de 1993); «actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios» (S de 30 de diciembre de 1994). La fijación, en el proceso, de la realidad o existencia de estos actos o circunstancias pertenece a la *quaestio facti*, por lo que su apreciación corresponde al juzgador de instancia, la cual sólo puede ser combatida en casación mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba fundada en la conculcación de una regla legal de prueba, pero, en cambio, el juicio de calificación mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados la significación jurídica de «en concepto de dueño» (concepto jurídico indeterminado) constituye una *quaestio iuris*, y, por ende, es susceptible de revisión en casación. En tal sentido debe entenderse la doctrina jurisprudencial cuando alude a la posesión en concepto de dueño como cuestión de hecho (SS de 27 de diciembre de 1945, 30 de septiembre de 1964, 30 de marzo de 1974, 20 de diciembre de 1985, 3 de junio

de 1993, 20 de octubre de 1994 y 25 de octubre de 1995) y declara vinculante en casación la apreciación de la resolución recurrida de no haber sido poseído el bien por el actor en aquel concepto (S de 25 de octubre de 1983, con cita de la de 28 de noviembre de 1983 y 16 de noviembre de 1999), y en tal sentido se han manifestado las recientes SS de 2 de diciembre de 1998 y 16 noviembre 1999.

**Necesidad de acreditar externamente la interversión del concepto posesorio.**—La doctrina sobre la relevancia de acreditar los «actos inequívocos con clara manifestación externa de tráfico» es también plenamente aplicable al caso de que se pretenda haberse producido un cambio en el concepto posesorio (art. 436 CC), de precario en concepto de dueño, y así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que declara que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero *animus* o unilateral voluntad del tenedor sin aquella conducta externa (SS de 6 de octubre de 1975, 13 de diciembre de 1982, 16 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1984, 29 de febrero y 10 de julio de 1992 y 25 de octubre de 1995), lo que por lo demás no supone más que aplicar una antigua regla del Derecho romano recogida en textos del *Corpus Iuris* (D 41.2.3.19, y C 7.32.5), aceptada por los ordenamientos jurídicos modernos, y de la que se hicieron eco diversas sentencias de esta Sala (SS de 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 13 de diciembre de 1988 y 25 de octubre de 1995) con arreglo a la que «nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión» (*neminem sibi ipsam causam possessionis mutare posse*, en el texto del *Digesto*; y *nemo causam sibi possessionis mutare possit* en el texto del *Codex*; y en los cuales también parece existir base, —*sibi ipsum*, D; *nulla extrinsecus accedente causa*, C—, para entender que la prohibición se refiere sólo a la mera voluntad). (STS de 17 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El litigio al que se refiere el recurso de casación versa sobre el dominio de una finca respecto de la que el actor ejercita acción declarativa de propiedad pretendiendo haber adquirido por usucapión determinadas parcelas. Los demandados reconvienen y ejercitan acción reivindicatoria como dueños de una concreta finca registral, existiendo acuerdo entre las partes en cuanto a la coincidencia de las parcelas que dice haber usucapido el actor y la finca registral, aunque no hay coincidencia exacta ni de superficie ni de límites. La sentencia del Juzgado estimó la demanda y desestimó las reconveniones, pero fue revocada en apelación desestimándose así la demanda y acogándose las reconveniones. La sentencia de apelación se apoyó en tres argumentos: la insuficiencia de la prueba aportada por el actor; la existencia de incontestables contrapruebas y la presunción, no desvirtuada, de existencia, pertenencia y posesión de la finca derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad que otorga a los titulares inscritos el artículo 38 LH. Interpone recurso de casación el actor y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

**69. Identificación de la finca y principio de legitimación registral.**—Si bien las inscripciones del Registro de la Propiedad acreditan solamente la actuación del funcionario encargado del mismo, pero no son docu-

mentos auténticos que comprueben por sí solos la realidad del derecho al ser mera corroboración del título en el que conste el derecho, también entiende esta Sala que cuando están definidos los linderos por los cuatro vientos de la finca reivindicada en las escrituras, y acreditada la identificación física de la finca, las dudas que subsistan sobre los linderos no pueden perjudicar al propietario que goza a su favor del principio de legitimación derivado del asiento registral, pues no cabe atribuir nula eficacia a la inscripción, ya que ésta ampara al titular también con la presunción de lo que diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica como a las circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, de manera que se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificada o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular *secundum tabulas* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de la prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada según lo dispuesto en los artículos 1, 9, 21, 38 y 41 LH. Así se expresa la sentencia del TS de 31 de marzo de 1953, en el sentido de admitir, en principio, la descripción registral, lo que refuerza la conclusión sobre identificación plena en este caso.

**La identificación de la cosa a efectos del recurso de casación es cuestión de hecho.**—La jurisprudencia (SS de 23 de mayo de 1984, 7 de febrero y 7 de octubre de 1985, 17 de febrero de 1987, 10 de junio y 4 de noviembre de 1993, 19 de febrero y 9 de julio de 1996, entre otras muchas), ha declarado, a efectos del recurso de casación, que todo lo referente a la identificación de la cosa es cuestión de hecho.

**La compraventa hecha por los demandados de finca adquirida con anterioridad por la actora, aunque inscrita, no tiene protección hipotecaria al conocer los demandados la adquisición de la demandante.**—La alegación de los demandados del artículo 1462 CC al considerar la escritura pública otorgada a su favor e invocar que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultase o se dedujese claramente lo contrario; y la consiguiente alegación de que, al adquirir públicamente, el día 5 de junio de 1993, el local comercial inscrito en ese momento a nombre de la *Cooperativa de Viviendas Nuestra Sierra de Segovia*, de buena fe, amparados en el asiento registral previo a la trasmisión, determina la protección que se previene en el artículo 34 LH para el adquirente de buena fe, con presunción de que el Registro de la Propiedad es exacto e íntegro, cualquiera que fuese la realidad jurídica extrarregistral; y que, por tanto, la protección no se deriva del asiento practicado a su favor, sino del asiento anterior, que constituye, según los recurrentes, presunción *iuris et de iure*, no pueden ser aceptadas.

Las razones para la referida falta de aceptación de los motivos esgrimidos radican en la circunstancia de que el 4 de septiembre de 1990, fecha señalada para la primera subasta, compareció ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Segovia, doña J. I. M. a los efectos de señalar que su esposo, don J. I. de F. B. tenía suscrito contrato de arrendamiento; y el día 9 de mayo de 1991, otorgada la escritura de compraventa, que es título de la entidad actora, en el Juzgado se dio traslado a ésta del contrato de opción de compra y promesa de venta citado de fecha 14 de febrero de 1987.

Sin perjuicio de que este documento privado no podía tener valor frente a terceros antes de su incorporación a un registro público, lo que se hizo con

posterioridad al otorgamiento de la escritura de compraventa a favor de la entidad recurrente, aparece que el conocimiento del proceso de apremio que tenían los recurrentes no permite conceder la condición de tercero de buena fe a los demandados en el momento de la adquisición del local reivindicado en escritura otorgada por la Cooperativa; con todo lo cual la presunción de buena fe exigida por el artículo 34 LH desaparece, conforme a lo dispuesto en su párrafo segundo, ya que se ha probado que los demandantes conocían la inexactitud del Registro. (STS de 23 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados en la instancia formulan recurso de casación contra la sentencia de apelación que declaró que *HASA, S. A.* era propietaria de la finca urbana en litigio y su derecho a reivindicarla a los demandados, dando lugar al desalojo de éstos, que carecían de cualquier derecho a poseerla. El TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

**70. Caracteres esenciales de la hipoteca de máximo.**—Según autorizada doctrina científica, la hipoteca de máximo, que se sitúa dentro del grupo genérico de las hipotecas de seguridad, y que, salvo en la modalidad de hipoteca de garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, carece de regulación global específica en nuestra legislación hipotecaria, es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios; de este concepto se desprenden las siguientes notas básicas en esta clase de hipoteca: *a)* fijación de un límite superior de responsabilidad hipotecaria; *b)* indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la misma; *c)* indicación del crédito en sus líneas fundamentales; y *d)* concreción por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado.

**Hipoteca de máximo y principio de especialidad.**—Al respecto, la sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación: «[...] hay que observar el especial sentido que da a toda la cláusula la frase “y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan”, ya que constituye una auténtica fórmula abierta y, en consecuencia, contraria al principio de especialidad, el cual exige la identificación de las obligaciones garantizadas con la hipoteca, lo que, por consiguiente, determina la nulidad de la hipoteca litigiosa».

Esta Sala coincide con la instancia en la precisión de que el inciso indicado supone una auténtica fórmula abierta, que es contraria al principio de especialidad, pero discrepa en que su inclusión en la cláusula produzca la nulidad de la hipoteca, a causa de la pormenorizada lista de relaciones jurídicas igualmente reseñadas de que puede provenir la obligación asegurada.

Conviene acercarse a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta cuestión.

La RDGRN de 4 de julio de 1984 ha rechazado la inconsistente referencia a «las diversas operaciones crediticias que en la actualidad tienen los bancos acreedores con la sociedad deudora»; la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 ha desechado la hipoteca que trataba de garantizar un saldo sin precisión de los conceptos de abono y de cargo en la cuenta, cuyos «créditos entre sí no tienen conexión causal y a los que se identifica con datos más o menos completos y también el importe de otras obligaciones que quedan en total

indeterminación, tanto en su futura existencia, que queda al arbitrio del banco, como en cuanto a su fuente y causa»; la RDGRN de 26 de noviembre de 1990 expresa que no puede admitirse una hipoteca en la que la determinación del objeto del contrato quede al arbitrio de una sola de las partes; la RDGRN de 3 de octubre de 1991 indica que la hipoteca no puede configurarse como la afección de todo o parte del valor en cambio del bien gravado a favor de un determinado sujeto, de manera que no puede admitirse la hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, presentes o futuras, pues el carácter accesorio de la hipoteca requiere una adecuada justificación de la obligación garantizada, pudiendo tratarse de una obligación futura, por supuesto, pero en este caso debe quedar perfectamente identificada, al tiempo de la constitución, la relación jurídica de que derive la obligación que ha de asegurarse; la RDGRN de 17 de enero de 1994 manifiesta que, si bien esta Dirección General tiene afirmado que en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se ha de acoger, en cuanto a los datos relativos a la obligación garantizada, con cierta flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, en el presente caso dista de cumplirse con los mínimos exigibles, pues ni cabe la constitución de hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes, ni es posible garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras, respecto a las cuales según expresa esta Resolución, «ya decidió este centro directivo por Resolución de 17 de enero de 1994, basándose en las razones que en ella quedaron expuestas, que se exige que el crédito, por el momento inexistente y que haya de quedar garantizado, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes, y ocurre en el caso planteado que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica previa sino las que en un futuro queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor».

Estas Resoluciones no ofrecen duda sobre la inadmisión de la hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, concebida para toda clase de obligaciones, así como la necesidad de la adecuada justificación de la obligación garantizada, sea presente o futura, pero en esta última hipótesis debe quedar perfectamente identificada, cuando se constituya la hipoteca, la relación jurídica de que derive la obligación que debe asegurarse. (STS de 27 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Inmobiliaria Peñarrubia, S. A.* y el *Banco Pastor* suscribieron una hipoteca de máximo con el objeto de garantizar las operaciones concertadas entre la inmobiliaria y la entidad financiera. En la escritura de hipoteca se incluía una cláusula —fundamental para la suerte de los pleitos trabados— cuya imprecisa formulación arrojaba dudas sobre el alcance de las obligaciones aseguradas. La inmobiliaria acude al Juzgado en demanda de la nulidad de la escritura y de la liquidación de saldo de la hipoteca efectuada por el banco amén de una indemnización por los daños derivados de la ejecución de la hipoteca. El Juzgado desestimó la demanda pero la Audiencia estimó parcialmente la apelación de la actora. Recurren en casación el banco y la inmobiliaria. Ha lugar al recurso interpuesto por el *Banco Pastor*. (R. G. S.)

**71. Notificación del procedimiento ejecutivo hipotecario a los titulares de derechos reales sobre el inmueble hipotecado: supuesto de titularidades *ob rem*.**—El motivo segundo alega infracción del artículo 131, regla 5ª, LH y 225 RH y de la jurisprudencia que interpreta su aplicación; se argumenta que, habiéndose notificado la existencia del procedimiento judicial sumario a quien en la certificación de cargas aparecía como titular dominical del predio dominante en la inscripción registral del predio sirviente, se cumplió el requisito exigido por la regla 5.ª del artículo 131 LH.

Dice la STC 69/1995, de 9 de mayo, que «este Tribunal ya señaló en STC 6/1992 que, si bien la posibilidad abierta a los interesados de acudir al oportuno proceso declarativo para la defensa de sus derechos que prevé el artículo 132 LH, permite declarar la constitucionalidad del denominado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero y garantizando, en todo caso, su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de “ejercer el juicio declarativo correspondiente” que le reconoce la ley, ya que esta conclusión podía ser cierta en determinados casos, pero no en todos, dependiendo ello de las circunstancias, que no son siempre las mismas».

Indudable la legitimación de la comunidad actora para ejercitar la acción de nulidad del procedimiento judicial sumario seguido a instancia de la recurrente en casación por su carácter de tercero perjudicado en sus derechos, no puede obviarse que los propietarios integrantes de la comunidad demandante son titulares dominicales del predio dominante de la servidumbre que gravaba la finca hipotecada objeto de la ejecución; esta titularidad es una titularidad *ob rem*, unida al dominio del predio dominante independientemente de quien aparezca como propietario de ese predio en la inscripción causada por el acto constitutivo de la servidumbre en la hoja registral del predio sirviente, al no ser necesario que se hagan constar en ésta las sucesivas transmisiones del predio sirviente. Esta titularidad de un derecho real de servidumbre exigía la notificación a quienes la ostentaban, de la existencia del procedimiento ejecutivo hipotecario a los efectos de poder ejercer los derechos que la propia Ley hipotecaria les reconoce; ese derecho a la tutela judicial no puede quedar sometido a la conducta del anterior titular del predio sirviente al que, con apoyo en la certificación registral de cargas, se le haya hecho la notificación. No resultan, por tanto, infringidos los preceptos que se citan en el motivo que ha de ser desestimado. (STS de 17 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Caja de Ahorros y de Pensiones de Barcelona* ejecuta una hipoteca por el procedimiento del artículo 131 LH. La finca hipotecada estaba gravada con un derecho real de servidumbre. La comunidad de propietarios, actora, pretende la nulidad del procedimiento basándose en que a los propietarios del predio dominante, titulares de la servidumbre, no se les ha notificado la existencia del procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La *Caja de Ahorros* formula sucesivamente recurso de apelación y de casación siendo ambos desestimados. (R. G. S.)

## DERECHO DE FAMILIA

**72. Alimentos: criterios para la fijación de su cuantía.**—Constituye una exigencia especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 CC, la valoración de la capacidad económica del alimentante a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos en el supuesto de los hijos menores de edad. Así, en este caso, los criterios deberán de ser más amplios y beneficiosos para el menor, dadas las peculiares características de este tipo de deudas dónde existe un interés público de protección del alimentista por su vínculo de edad y filiación (SSTS de 21 de noviembre de 1986 y 5 de octubre de 1993).

**Uniones de hecho: pensión compensatoria.**—Si bien es cierto que la jurisprudencia anterior consideraba inaplicable la pensión compensatoria a las uniones de hecho, satisfaciendo estas necesidades indemnizatorias por la vía de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente se ha producido un cambio en la doctrina jurisprudencial (ver en este sentido las SSTS de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) que considera más adecuada la aplicación analógica del artículo 97 CC a estas uniones extramatrimoniales. (STS de 16 de julio de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Como consecuencia de la ruptura de la unión de hecho de seis años de duración, doña R. G. G. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre adopción de medidas extramatrimoniales contra don J. J. A. R.

El Juzgado de Primera Instancia atribuye la guarda y custodia a la madre, con un régimen de visitas a favor del padre, una pensión alimenticia para el menor también a cargo del padre, y una pensión compensatoria que el demandado deberá de abonar a la actora. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia, reduciendo la pensión alimenticia y dejando sin efecto la pensión compensatoria. El TS estima el recurso de casación interpuesto, anulando la sentencia de la Audiencia y confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado.

**NOTA.**—La presente sentencia viene a consolidar la jurisprudencia del TS favorable a la aplicación analógica a las uniones de hecho de las pensiones compensatorias previstas en el artículo 97 CC. Resulta más idónea dicha aplicación analógica para proteger los intereses de los convivientes, que la anterior postura jurisprudencial basada en la aplicación sistemática de la doctrina del enriquecimiento injusto. Ante la semejanza existente entre el supuesto de hecho que contempla el artículo 97 CC y la situación que surge en el momento de la ruptura de la convivencia estable y duradera de la pareja de hecho, y dada la ausencia de una regulación legal, lo más correcto es acudir a la fuerza expansiva del propio ordenamiento aplicando en virtud de la analogía *iuris* el mencionado artículo.

Así lo han contemplado también las Comunidades Autónomas que cuentan con su propia regulación sobre parejas de hecho, reconociendo —cuando sus atribuciones competenciales lo permiten— una pensión compensatoria a favor del conviviente que tras la ruptura de la unión se vea perjudicado económicamente, restableciendo

de esta forma el equilibrio entre los patrimonios de los miembros de la pareja. Este es el caso de las Comunidades catalana, aragonesa, navarra y balear.

También es necesario destacar como la línea jurisprudencial, abierta con la STS de 27 de marzo de 2001, actualmente está plenamente consolidada, puesto que la STS de 17 de enero de 2003 (posterior a la reseñada) se manifiesta de nuevo a favor de la aplicación analógica del artículo 97 CC a las uniones de hecho.

Son de especial interés para el estudio del tema relativo a la aplicación analógica de las pensiones compensatorias a las parejas de hecho los comentarios de jurisprudencia realizados por Crespo Mora, M.<sup>a</sup> del Carmen, «Comentario a la STS de 27 de marzo de 2001», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002, pp. 513-524; y Salazar Bort, Santiago, «Parejas de hecho y pensión compensatoria. (Comentario a la STS de 5 de julio de 2001)», en *Actualidad Civil*, 2002-II, pp. 751-758. (S. E. M.)

**73. Fraude de acreedores: el convenio regulador de separación matrimonial no puede conllevar la total insolvencia de una parte.**—Aun reconociendo que la pensión compensatoria no es una donación, ni puede considerarse el importe de la misma como una concesión graciosa que hace uno de los cónyuges al otro en razón a los años de matrimonio, sino que se hace para restablecer la desigualdad económica que la ruptura matrimonial supone para uno de los contrayentes en relación con el otro, y en algunos supuestos, como puede ser el caso presente, para compensar la dedicación exclusiva a la familia de la mujer durante el matrimonio y al cuidado de los hijos comunes, y en este caso, además, habida cuenta de los treinta años de vida en común. Sin embargo, la sentencia de instancia entiende que se da ese *consilium fraudis*, en la esposa, al apreciar la prueba de confesión y el reconocimiento de la señora A., de que su marido se quedaba en completa insolvencia.

**Fraude de acreedores: la dación en pago para el abono de una pensión compensatoria no significa variación del régimen económico matrimonial.**—El artículo 1317 CC se refiere a las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio, y en este supuesto, como es sabido, no hay variación del régimen de matrimonio, sino de lo que se trata, es una vez acordada la cesación de la vida en común de los cónyuges, y establecida la obligación del marido de pagar una pensión compensatoria, y para llevar a efecto la misma, transmite a la mujer separada la propiedad de todos sus bienes inmuebles y procede a inscribir en el Registro de la Propiedad este acto de enajenación de su patrimonio inmobiliario a favor de su mujer, sin que pueda afectar tales actos al régimen económico del matrimonio, cuando éste ha fenecido a consecuencia de la sentencia firme de separación.

**Efectos del aval solidario.**—Es facultad del acreedor, en el caso que existan dos avalistas obligados solidariamente, reclamar del deudor que estime más conveniente dada la naturaleza de este vínculo. (STS de 20 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco de Fomento, S. A. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza en la que se



solicitaba la rescisión por fraude de acreedores de la transmisión de bienes efectuada en concepto de pensión compensatoria por parte de J. D. R. a su esposa I. A. C. Los bienes dados en concepto de pensión compensatoria tenían un valor muy superior a los veintinueve millones de pesetas que fijaba el convenio, hecho por el cual el Tribunal de instancia estimó la demanda de rescisión por fraude interpuesta por el banco. Apelada la sentencia por la parte demandada, fue confirmada íntegramente por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

**74. Inmueble inscrito como presuntamente ganancial. Embargo por una deuda ganancial. Tercería de dominio: el cónyuge no deudor no está legitimado para interponerla.**—El TS afirma que, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge no deudor debe desestimarse por dos razones: *a)* el cónyuge no deudor no tiene la cualidad de tercero, y *b)* no es propietario en exclusiva del bien en litigio.

**Tercería de dominio. Presupuesto inexcusable: título de dominio.**—El TS afirma en jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 4 de diciembre de 1931, 18 de agosto de 1934, 5 de octubre de 1971, 21 de junio de 1982 y 19 de febrero de 1992) que la expresión «título de dominio» no equivale a documento preconstituido sino a la justificación dominical «consistente en la prueba de algunos de los llamados modos de adquirir la propiedad».

**Sociedad de gananciales: comunidad de tipo germánico.**—Jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Civil del TS señala que la sociedad de gananciales no es equiparable a una comunidad de bienes de los artículos 392 a 406 CC (comunidad de tipo romano).

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales no existen cuotas; esto es, no puede afirmarse que cada cónyuge sea propietario de la mitad de los bienes gananciales. Lo anterior permite a nuestro Alto Tribunal afirmar que los cónyuges, hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, sólo tienen un derecho expectante sobre los bienes gananciales. (STS de 31 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña S. A. E. V. S. interpone una tercería de dominio contra las entidades mercantiles *Basander de Leasing, S. A.* y *Sumay, S. A.*, y don V. S. S., solicitando se dicte sentencia en la que se declare que los bienes embargados, descritos en la demanda, son propiedad de la demandante, así como que se ordene el alzamiento del embargo trabado sobre dichos bienes.

El Juzgado de Primera Instancia absuelve a los demandados al estimar la excepción de litispendencia invocada por uno de los codeemandados. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto (revoca y deja sin efecto la estimación de la excepción de litispendencia y, entrando en el fondo de la cuestión, absuelve a los demandados). El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

**75. Disolución de la comunidad de bienes: subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar.**—La doctrina jurisprudencial considera que

aunque el titular dominical puede pedir la división de la cosa común, la cesación de esta comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso que corresponda al otro cotitular. Por este motivo, una vez atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar a un cónyuge por sentencia de divorcio, este derecho se mantendrá indemne ante la eventual venta del bien en subasta pública, salvo modificación por voluntad de los interesados o por decisión judicial del órgano competente en relación al proceso matrimonial (SSTS de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio y 16 de diciembre de 1995 y 27 de diciembre de 1999).

**Imposición de costas: artículo 523 LEC.**—No es posible considerar que existe una estimación total de la demanda, cuando el motivo que se acoge por la Sala es una cuestión valorable como excepción y su eventual acogida no produce ninguna desarmonía en el proceso, por lo que su acogimiento en relación al pronunciamiento sobre las costas habrá de regirse por lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 523 LEC. (STS de 26 de abril de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don A. C. F. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre acción de división de cosa común contra doña M. C. P. L., solicitando se declare la extinción de la comunidad existente entre el actor y su esposa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando la procedencia de la división y del procedimiento de venta a favor de la consorte parte demandada. En grado de apelación, la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia, declarando procedente la división sin perjuicio del derecho de uso exclusivo de la vivienda conyugal del que disfruta la demandada en virtud de decisión judicial. El TS, en casación, estima parcialmente el recurso interpuesto, en el solo sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se recogen las disposiciones relativas a la condena en costas en el artículo 394. En este artículo se establece el llamado criterio del vencimiento como regla general en la imposición de costas en la primera instancia y, además, se contemplan las circunstancias que con mayor frecuencia han servido a la jurisprudencia para excepcionar de la victoria procesal en esta materia (complejidad de la cuestión litigiosa, falta de claridad de la norma, ambigüedad del tratamiento legal o diversidad de criterios judiciales). Este criterio pretende restringir la fórmula del anterior artículo 523 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 que establecía un criterio de vencimiento atenuado, donde había una mayor flexibilidad a la hora de apreciar las circunstancias excepcionales. (S. E. M.)

**76. Falta de colaboración del demandado a las pruebas biológicas de paternidad.**—El TS recuerda que es doctrina reiterada la que —sin atribuir directamente a la negativa del demandado a colaborar en la prueba hematológica, el valor de una *ficta confessio*, ni la *admisión implícita* de la paternidad—, sí estima que esa falta de colaboración es *un indicio especialmente*

*valioso o significativo* que, unido a otras pruebas, hace posible declarar la paternidad del demandado (FD 1.º).

**Obligación de posibilitar las pruebas biológicas de investigación de la paternidad y límites.**—La obligación del demandado de posibilitar la prueba biológica de la paternidad se deriva del artículo 39.2 CE, conforme al cual «*la ley posibilitará la investigación de la paternidad*». No se trata de pruebas degradantes ni contrarias a la dignidad de la persona. La obligación de someterse a ellas podría cesar si supusieran un grave riesgo para la salud. En otro caso, siempre que existan razones que justifiquen la decisión judicial de realizar la prueba, el demandado debe someterse a ella, sin que los derechos fundamentales a la intimidad o a la integridad física puedan invocarse como límite al cumplimiento de esta obligación (FD 1.º). (STS de 17 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Habiéndose ejercitado acción sobre reclamación de filiación no matrimonial, el demandado se negó a colaborar en la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad. No obstante, declaró conocer a la madre e incluso a los hijos de ésta, y haber tenido encuentros ocasionales en el lugar de trabajo y en el domicilio de aquélla. También se adjuntaron fotografías a los autos. Como resultado del conjunto de la prueba, en ambas instancias se estimó la demanda, y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

**77. Relaciones paterno-filiales: privación de la patria potestad.**—Para poder privar total o parcialmente de la patria potestad a los progenitores, en virtud del artículo 170 CC, es necesario un incumplimiento grave, probado y reiterado de los deberes inherentes a la misma. La despreocupación y el alejamiento temporal, al menos externo o formal, de uno de los progenitores, sin perjuicio de las desavenencias existentes en la pareja, no constituyen por sí mismos una causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad. Salvo en el supuesto de desamparo total del menor, y dado que éste tiene derecho a conocer, relacionarse y continuar las relaciones futuras con sus progenitores, ha de concederse la oportunidad de poder ejercer y cumplir los deberes que a dichos progenitores les corresponden, protegiendo de esta manera el principio fundamental de actuar siempre en beneficio del menor (SSTS de 5 de octubre de 1987, 11 de octubre de 1991, 10 de enero de 1992 y 6 de julio de 1996).

**Derecho de visitas: limitaciones.**—La doctrina jurisprudencial considera que el derecho de visitas no debe ser objeto de una interpretación restrictiva, ya que su finalidad primordial es la reanudación de las relaciones paterno-filiales, evitando con ello las rupturas definitivas. Tan sólo está justificada la limitación o el cese de este derecho cuando se dé un peligro real y concreto para la salud física, psíquica o moral del menor (SSTS de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992, 22 de mayo y 21 de julio de 1993). (STS de 9 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don J. L. S. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra doña G. P. J. para la fijación del régimen de visitas de su hijo. Doña G. P. J. contesta la demanda solicitando

la privación de la patria potestad al actor y la suspensión del derecho de visitas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvenición, y declara que la titularidad de la patria potestad la ostentarán ambos progenitores, si bien el ejercicio le corresponderá exclusivamente a la madre, bajo cuya guarda queda el menor. La sentencia es recurrida por la demandada ante la Audiencia Provincial, que desestima el recurso confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Tras el informe del Ministerio Fiscal que comparte la doctrina de la sentencia apelada, el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (S. E. M.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**78. Interpretación de testamento: doctrina general: interpretación psicológica o personalísima.**—Según reiteradísima doctrina de esta Sala, la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que resulten ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley. En el presente caso se ha acudido a una interpretación psicológica o personalísima, tendente a explorar la voluntad real del testador siempre que tal voluntad resulte de *circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento* (SSTS de 31 de diciembre de 1996 y 26 de abril de 1997), es decir, a una interpretación del testamento ajustada a la jurisprudencia de esta Sala; así se valora todo el conjunto de factores que permiten explicar por qué el testador, en vez de legar el piso por entero a su segunda esposa, adoptó la fórmula de legarla su participación ganancial, destacando entre tales factores extrínsecos, como especialmente relevantes, la inscripción registral del piso desde varios años atrás como presuntivamente ganancial del testador y su segunda esposa, es decir, la propia legataria, y los conocimientos jurídicos del testador, Procurador de los Tribunales, según consta tanto en los documentos privados como en la escritura pública de compraventa y en el propio testamento, y sabedor, por tanto, del alcance de dicha inscripción (arts. 866, 1379 y 1380 CC), de suerte que acaba resultando plenamente razonable y coherente la conclusión del Tribunal sentenciador en orden a que la verdadera voluntad del testador *no era otra que la de legar el íntegro dominio de que era titular en el piso litigioso a su cónyuge; esto es, a todo evento, aun siendo ganancial, y con mayor evidencia al ser privativo.* (STS de 24 de mayo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—En su testamento, otorgado en estado de bínubo, el testador lega a su segunda esposa su participación ganancial en el piso litigioso, y el usufructo del resto de sus bienes. Instituye herederos a sus cuatro hijos del primer matrimonio y les sustituye por su descendencia. Una hija del primer matrimonio impugna la validez del legado, habiendo declarado la Audiencia que existía una clara voluntad de legar el íntegro dominio de que era titular sobre el piso

litigioso a su segunda esposa, y ello a todo evento, aun siendo ganancial con esta última y con mayor evidencia al ser privativo, como a la postre resultó ser.

La argumentación del recurso resulta harto rebuscada; se dice que si el artículo 862 CC declara nulo el legado de cosa ajena, si el testador ignora esta circunstancia, también sería nulo si el testador ignora que la casa ya no era ganancial sino privativa suya, y razona que en tal caso sólo le hubiera dejado el usufructo como hizo con los demás bienes; si el testador hubiera querido que su esposa se convirtiera en dueña de todo el piso, se lo hubiera podido legar conforme al artículo 1380 CC, el piso o su valor. Hay que decir que la interpretación que hace el recurso del artículo 862 párrafo 1.º CC, es contraria a la habitual de la doctrina (por todos, cfr. Ossorio Serrano en *Comentarios Min. Justicia*, I, p. 2108). El apoyo que se busca en el artículo 1380 CC resulta poco sólido; si lega la mitad de los gananciales que le corresponden sobre el piso es porque la otra mitad ya le pertenecería a la legataria al dividirse la sociedad; pero ocurre que el bien no es ganancial sino privativo del testador, luego el argumento carece de base. La sentencia en su conjunto (Pte.: Marín Castán) es de aprobar, aunque acaso la denominación de interpretación *psicológica o personalísima* suscite alguna reserva. También es de valorar el silencio de los otros tres hijos del causante que han aceptado tácitamente que la segunda esposa de su padre sea propietaria de un piso, —al parecer, con funciones de residencia secundaria. (G. G. C.)

## DERECHO MERCANTIL

**79. Competencia desleal. Riesgo de asociación.**—Debe sustentarse, de un lado, en una consideración global de la presentación del producto, sin fragmentación de sus distintos elementos, y, de otro, en una muy especial atención a los principios informadores de la Ley de competencia desleal que, como indica su preámbulo, contempla una vertiente hasta entonces desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal: la derivada del principio de protección del consumidor en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, razón por la cual dicha Ley se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. (STS de 1 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Schlegel, S. A.* presentó al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Terrassa demanda contra la entidad *Tecseal, S. A.* don José V. P., don J. M.ª V. C., don L. L. B., don A. G. B. y don C. G. L., sobre competencia desleal. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por los demandados, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente al recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**80. Contrato de agencia. Concepto. Distinción de figuras afines.**—El artículo 1 de la Ley 12/1992 caracteriza la figura del agente por el dato de promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o de promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones. En el caso en cuestión, la entidad recurrida, en cambio, se limitaba a distribuir productos a los clientes de la propia recurrente, no a la promoción de contratos por cuenta o en nombre de ella, y a la venta a sus propios clientes de los que adquiriría en exclusiva de la recurrente. Son dos relaciones jurídicas distintas. La segunda es claro que no es agencia. La primera tampoco. La recurrida había contraído por ella la obligación de almacenaje, reparto y distribución de productos destinados a clientes propios de la recurrente a cambio de una comisión. Esta actividad es objeto de un contrato innominado del tipo *do ut facias*, que nada tiene que ver con la venta o distribución en exclusiva, ni es promoción de ninguna operación de comercio; los clientes a los que sirve las mercancías la recurrida lo son de la propia recurrente, no adquiridos para ella por el trabajo de la primera.

**Contrato de agencia. Aplicación analógica de las normas del contrato de agencia a la concesión en exclusiva: límites.**—La jurisprudencia es favorable a la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de agencia, si bien ha de matizarse, en el sentido de que es procedente aquella aplicación pero con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva, y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato. La razón de recurrir al procedimiento analógico consiste en que tanto el agente como el concesionario son distribuidores de productos del principal o concedente, actúan en interés del mismo, promoviendo ventas, si bien a través de instrumentos jurídicos distintos. La Ley 12/1992 es un derecho especial, para la materia de contrato de agencia, no contiene normas excepcionales, que son las no susceptibles de aplicación analógica, sino una regulación específica para una materia concreta, lo que en modo alguno significa por sí misma una normativa que se aparte o contradiga la regulación de las obligaciones y contratos en general.

**Contrato de agencia. Desistimiento unilateral. Preaviso.**—La jurisprudencia admite el desistimiento unilateral, siempre con la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte la terminación. De lo contrario, sería abusivo el ejercicio de esta facultad o no conforme a la buena fe. El juzgar sobre si el tiempo de preaviso es o no razonable ha de hacerse con vistas a las circunstancias de cada caso.

**Contrato de agencia. Desistimiento unilateral. Indemnización.**—El adelantar la terminación tres meses a la fecha en que hubiera sido correcta, obliga a la recurrente a indemnizar por el tiempo en que, pudiendo estar en vigor el contrato, sin embargo no lo estuvo. Ahora bien, sucede que la recurrida cesó inmediatamente en sus actividades con la recurrente, no se benefició de esos dos meses de preaviso, por lo que mal puede exigir indemnización no ya por la extinción misma del contrato como sin razón alguna pretende, pues no hay ninguna duda de que la recurrente tenía la facultad de desistir unilateralmente, sino por los cinco meses que debía de haber durado el preaviso, ni por los tres que faltaban desde la fecha en que debía de terminar según el requerimiento. Efectivamente, si no aprovechó los dos meses de preaviso, extinguiendo inmediatamente el contrato, no es razonable que se le indemnice por ellos ni por los tres que faltaban.

**Contrato de agencia. Indemnización por clientela. Improcedencia.**—Es arbitraria la aplicación del artículo 28 de la Ley 12/1992 a una mera consolidación o mantenimiento de dicha clientela, y mucho más cuando ello se sustituye por una presunción sin base fáctica probada.

**Contrato de agencia. Indemnización por «pérdida de imagen» y por reestructuración de personal. Improcedencia.**—Ambas carecen de sentido, pues la recurrida sabía lo indeterminado de la fecha de extinción de la distribución, y que la misma era previsible. No es un suceso anormal que irrumpe en el proceso de desarrollo del contrato sino previsible, y ante ese evento no tomó ninguna precaución adecuada en forma de cláusula indemnizatoria. A la reestructuración de personal se pueden aplicar las mismas consideraciones, a las que hay que añadir lo poco racional que resulta que los gastos necesarios para dar cumplimiento a un contrato se hagan gravitar sobre la contraparte que lo extingue legalmente. (STS de 28 de enero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Lácteos Lallana, S. A.*, interpuso ante el Juzgado número 13 de Zaragoza demanda contra *Mantequerías Arias, S. A.*, en reclamación de cantidad por extinción unilateral de la exclusiva que tenía concedida a la actora; la demandada reconvino la reclamación de cantidades que la actora le adeudaba. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda principal, y estimó parcialmente la reconvencción. La Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por *Lácteos Lallana, S. A.* El TS haber lugar a la casación planteada por *Mantequerías Arias, S. A.* (N. D. L.)

**81. Contrato de seguro multirriesgos transportistas. Interpretación.**—La normativa de la interpretación de los contratos y especialmente el artículo 1288 CC que consagra la regla *contra proferentem* en cuya virtud la parte contratante, en este caso, la compañía aseguradora que redacta una cláusula oscura, como la determinación de la persona del conductor y el concepto de éste, no puede aprovecharse de la misma en su beneficio y motivar la total falta de pago de la suma asegurada. En definitiva, debe interpretarse el contrato en el sentido de que los vehículos deben quedar totalmente identificados y los conductores son los que conducen el vehículo sin que se exija —porque no lo exige— que estén individualmente identificados en el contrato. (STS de 14 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña L.R. G. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de El Ejido contra *Hércules Hispano, Seguros y Reaseguros* sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia desestimó las pretensiones del actor. La Audiencia Provincial de Almería confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

**82. Contrato de seguro. Interés del asegurado: determinación.**—La Ley de contrato de seguro no siempre utiliza la palabra asegurado en un sentido estricto que serviría para designar a la persona titular del interés asegurado y a la que corresponden los derechos que derivan del contrato, sino que en

ocasiones la emplea en sentido amplio, comprensivo también de las figuras del tomador del seguro y del beneficiario. Si bien muchas veces coinciden en la misma persona las cualidades de tomador del seguro, asegurado y beneficiario, no dejan de ser frecuentes los supuestos en que las mismas corresponden a sujetos distintos, como sucede en el caso que nos ocupa, en que concurre en el señor R. V. el carácter de asegurado, además del de tomador del seguro y a la par titular del interés en atención al cual el contrato se ha celebrado, como beneficiario designado en el mismo, en tanto que otros asegurados son distintas personas pertenecientes a su empresa, que aun cuando ostentan algunas facultades y hayan de cumplir determinadas obligaciones, no ostentan en cambio interés alguno en relación con el riesgo que sobre ellos recae. A partir de este planteamiento, resulta evidente que cuando se habla en la ley del prevalente interés del asegurado ha de entenderse que dicha protección podrá ser reclamada exclusivamente por quien en verdad ostente el interés que ha determinado la concertación del seguro, persona que muchas veces será el asegurado, si bien en otras ocasiones, cuando, como en la presente, sean distintos el asegurado y el beneficiario no puede dudarse que tal protección debe dispensarse únicamente a este último.

**Contrato de seguro. Consentimiento del asegurado: presunción.**—La exigencia del artículo 83 LCS respecto a la existencia de consentimiento del asegurado, cuanto éste no ha sido el tomador del seguro, no siempre requiere la constancia por escrito pues según el propio precepto, el mismo puede presumirse de otra forma. No sólo la sentencia recurrida entiende acreditado, tras la valoración de la prueba testifical practicada que el trabajador accidentado, señor C. O., tenía que conocer la existencia del seguro, sino que habiendo sido formalizado el contrato de autos el 9 de marzo de 1989, era de obligada observancia el artículo 50 del Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento de Ordenación del seguro privado, que impone que en los seguros de vida además de la póliza se utilice el boletín de adhesión suscrito conjuntamente por el tomador del seguro y el asegurado, y considera como infracción muy grave en su artículo 124 la utilización de documentación contractual sin cumplir lo establecido en los artículos 47 a 54 del propio Reglamento. La alegación respecto a la falta de constancia del consentimiento del señor C. O. a la formalización del seguro o carece de la más mínima seriedad o, en otro caso, sería reveladora de un grave descuido de la recurrente en la observancia de las normas reguladoras de la actividad aseguradora, del cual no puede pretender la misma obtener un beneficio.

**Contrato de seguro. Beneficiario: interpretación.**—El artículo 84 LCS, aplicable también al seguro de accidentes por expresa disposición de su artículo 100, faculta al tomador del seguro para designar beneficiario. A su vez, en el artículo 102 se fijan las consecuencias de que, ya el propio asegurado, ya el beneficiario, causen dolosamente el siniestro, lo que está evidenciado que la ley expresamente admite que la condición de beneficiario no tiene por qué coincidir con la de asegurado. Por otro lado, la posición preferente del tomador del seguro, que se desprende de diversos preceptos de la Ley 50/1980 (arts. 7, 84, 85, 87, 92, 95 ...) se reafirma en las Condiciones Generales del seguro de accidentes de autos, al establecerse en la cláusula 5.1.2 que en caso de invalidez permanente la indemnización se pagará al tomador, condición que en el presente caso concurre —junto con la de beneficiario— en el señor R. V. Además, nos hallamos ante un contrato redactado previa y unilateralmente por una empresa y que, por tanto (art. 1288 CC y art. 10.2, párra-



fo segundo, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, por referirnos únicamente a la legislación vigente en la fecha en que la póliza se formaliza) las dudas en su interpretación no deberán favorecer a la parte que hubiere ocasionado su oscuridad, sino que han de resolverse en contra de quien las haya redactado. (STS de 25 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. R. V. V. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Sevilla demanda contra la *Compañía Aseguradora Grupo Vitalicio, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Ambas partes litigantes recurren en apelación, dictando la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla sentencia en la que confirma la resolución apelada. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**83. Contrato de seguro. Recargo del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro (LCS). Procedencia: criterios jurisprudenciales.**—La jurisprudencia ha declarado que la aplicación del artículo 20 LCS requiere que el impago por la aseguradora de la indemnización correspondiente sea injustificado o bien obedezca a causa imputable a la misma, lo que no sucede si existe controversia que exija decisión judicial que determine si efectivamente la aseguradora ha de proceder a la cobertura del evento acaecido. En tal sentido, procede dicho recargo si la omisión de cualquier clase de diligencia por parte de la aseguradora sobre la cuantificación de los daños causados en el hecho enjuiciado y su oposición arbitraria a las pretensiones del asegurado, obligando al mismo a entablar un litigio, determina la procedencia del recargo que establece el artículo 20 LCS. Esto es, la resistencia de la entidad demandada al pago deja de tener cualquier clase de justificación una vez que la misma fue conocedora de la ilícita conducta de su agente y de la procedencia del abono del capital asegurado. (STS de 11 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don José Luis G. M., don A. G. E., doña E. M. G. y doña B. G. M interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Zaragoza demanda contra *La Unión y El Fénix Español, S. A., Compañía de Seguros y Reaseguros*. La sentencia de instancia estimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia que estimó parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**84. Letra de cambio. Reclamación de pago anticipado al avalista del aceptante quebrado.**—No existe infracción del artículo 50 de la Ley cambiaria cuando la acción que se ejercita es la directa que es la que corresponde al tenedor de la letra, cuando promueva la acción cambiaria contra el aceptante o su avalista, como determina la primera parte del artículo 49 de la citada ley, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita la acción derivada de la letra contra cualquier otro obligado en vía de regreso. En el caso de autos, no hay duda que la acción que se ejercita es la acción directa, ex artículo 49, cuando se reclama al primero de los obligados al pago de la letra, el aceptan-

te o a sus avalistas, y como de acuerdo con el artículo 883 CCO las deudas pendientes del quebrado se tendrán por vencidas a la fecha de la declaración de la quiebra, y el avalista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley cambiaria, responde de la deuda de igual manera que el avalado, no hay duda que se puede exigir el pago anticipado también al avalista del aceptante, con mayor virtualidad si cabe, que a los avalistas de cualquiera de los obligados en vía de regreso, cuyo supuesto esta específicamente previsto en el citado artículo 50, que contempla exclusivamente el ejercicio de la acción de regreso contra los demás obligados al pago de la letra, que no sean el aceptante de la misma o sus avalistas. Por lo que muy bien se puede razonar que con la misma razón por la que es exigible ese pago anticipado en vía de regreso a los avalistas del librador y demás obligados en vía de regreso, lo ha de ser, en el ejercicio de la acción directa, contra el avalista del principal obligado del pago de la letra. (STS de 8 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Montajes Tubería Industrial, S. A.* presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo demanda contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* avalista de la librada-aceptante declarada en quiebra, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que confirmó la sentencia apelada. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**85. Persona jurídica (sociedad anónima). Representación orgánica y voluntaria: diferencias.**—La representación orgánica se rige por la normativa correspondiente al tipo de sociedad de que se trate, mientras que la voluntaria para actos externos se regula por las normas del Código Civil sobre el mandato y por los artículos 281 y ss. CCO sobre el mandato mercantil.

**El cambio de personas en el órgano de administración de la sociedad no supone la automática revocación de las facultades del apoderado de dicho órgano.**—Las facultades del apoderado subsisten, pese a los cambios personales en el órgano de administración, mientras éste no revoque el poder válidamente otorgado en su día (SSTS de 19 de enero de 2000 y 3 de diciembre de 2001, entre otras). (STS de 14 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La pretensión de los actores estaba encaminada a que las dos sociedades anónimas demandadas dejaran de utilizar la marca y rótulos de establecimiento que una de esas compañías había transmitido a los demandantes. Las entidades mercantiles demandadas formularon reconvencción alegando la nulidad de la transmisión, por haberse efectuado mediante apoderado de la sociedad, cuyas facultades se habrían extinguido al cesar como administrador único la persona que había otorgado el poder a favor de aquél. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvencción. El TS no da lugar al recurso de casación que interpusieron las dos sociedades demandadas. (I. D. L.)

**86. Sociedad anónima. Administradores. Responsabilidad.**—Las circunstancias tanto de nombramiento y aceptación como de cese de administradores, han de consignarse en el Registro Mercantil, como disponen los artículos 138 y 147 de su Reglamento, en garantía de terceros que hayan de confiar en su contenido hasta los extremos que señala el artículo 42.2 de dicho Reglamento, tanto para lo que aparezca inscrito como para la omisión de hacerlo o para rectificar el asiento cuando su contenido haya variado. En consecuencia, el momento que se ha de tener en cuenta para determinar la extinción de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es el de la inscripción en el Registro Mercantil de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas.

**Novación.**—La evolución jurisprudencial sobre el tema ha precisado que la dicción genérica con que se usan en el comercio las frases «prórroga» y «renovación» no siempre equivalen a la voluntad de novar, modificar y sustituir compromisos preexistentes, ya que toda «espera o aplazamiento», aquí de antemano previsto, si algo significa como ponderativa de un espacio de tiempo mayor, es el medio de facilitar con menos apremio de la deuda contraída, no el propósito de crear, cuando terminantemente no se dice, una nueva obligación distinta de la primordial, que en derecho tampoco es dable presumir. Las diversas prórrogas de un crédito no crean convenciones que sustituyan a la primera cuando se limitan a aplazamientos de pago y reducción de crédito, por entregas parciales, pero dejando subsistente y sin restricción en parte alguna de lo pactado, no existe novación subsistiendo la obligación primitiva se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórrogas o pagos fraccionados. En los supuestos de renovación de un letra de cambio, sustituyéndola por otra nueva, hay que distinguir entre el crédito cambiario y el crédito causal, pues si bien éste puede prorrogarse en cuanto a la fecha de su vencimiento, constituyendo una renovación simplemente modificativa respecto a una de sus condiciones principales, cuando la modificación del vencimiento se lleva a una nueva letra de cambio no hay novación en sentido técnico, porque no se pueden novar las obligaciones de una letra sin crear otra distinta, naciendo la obligación del aceptante en esta segunda letra con ella aunque se funden en un pacto causal que será distinto al que dio origen a la primera letra.

**El descuento bancario. Concepto y características.**—El descuento bancario, contrato de crédito y de liquidez se caracteriza porque el banco (descontante) anticipa al cliente (cedente, o descontado) el importe del crédito que éste tiene con un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el banco del crédito cedido y en el que la cesión tiene lugar *pro solvendo* y con la cláusula «salvo buen fin», tal como viene declarando una profusa jurisprudencia. Precisamente este doble mecanismo del anticipo (con el descuento) y el derecho de reintegro en el caso de fracaso del cobro del crédito constituye el aspecto más característico de la operación de descuento. El anticipo puede tener lugar de diversas formas, y entre ellas el ingreso en una cuenta de crédito o en una cuenta corriente. El derecho de reintegro puede ejercitarse judicialmente a través de diversas acciones o hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento, que como modalidad del derecho de reintegro consiste en la operación de cargar al librador los defectos que resultaron impagados lo que se reconoce en numerosas sentencias. (STS de 28 de enero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, La Caixa*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Zaragoza contra *Wonder Internacional, S. A.* y sus administradores don A. L. R., don L. G. L., don A. A. R., don J. A. M. B., *Cubriwonder, S. L.*, don F. Q. G. y don J. B. C., reclamando el pago de cantidad. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago de la cantidad reclamada a todos los codemandados excepto a don A. L. R., don J. A. M. B. y don J. B. C., que resultaron absueltos. La sentencia de segundo grado revocó parcialmente la de primera instancia en el sentido de condenar, además de a quienes lo fueron en primera instancia, a don A. L. R. y don J. A. M. B. El TS declaró haber lugar al recurso de casación planteado por don A. L. R. y don J. A. M. B. (*N. D. L.*)

**87. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículos 135 y 134.5 LSA : incumbe al actor la carga de probar la responsabilidad en que hubieran incurrido los administradores demandados.**—El que la jurisprudencia haya declarado aplicable de la inversión de la carga de la prueba en determinados ámbitos del muy amplio campo de la responsabilidad civil, normalmente caracterizados por el riesgo que genera la actividad del sujeto demandado como responsable del daño, no significa que esta técnica sea trasladable sin más a todos los litigios sobre responsabilidad civil y, menos todavía, a aquellos en que se enjuicia la culpa o negligencia del profesional. Más en concreto, acuerda de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas fundada en el artículo 135 LSA, el demandante tiene que probar la acción u omisión dolosa o culposa del actor (cfr. STS de 28 de junio de 2000); exigiéndose la prueba por el demandante no sólo del daño sino también del nexo causal (cfr. STS de 30 de marzo de 2001). Es doctrina consolidada, en materia de responsabilidad ex artículo 135 LSA, que la carga de la prueba incumbe al demandante; pues en este ámbito, el reconocimiento de una inversión de aquélla se ha ceñido a aspectos muy concretos en que es la propia Ley la que establece una presunción en contra de los administradores, como es el caso del artículo 133.2 LSA, con la solidaridad de todos los miembros del órgano de administración que hubiera realizado el acto o adoptado el acuerdo lesivo (cfr. SSTS de 20 de julio de 2001, de 18 de enero de 2000 y de 21 de septiembre de 1999).

**Recurso de casación: improcedencia de nueva valoración conjunta de la prueba.**—La casación no es una tercera instancia o recurso de cognición plena por el que los litigantes pudieran lograr una nueva valoración conjunta de la prueba. La Sala no puede traspasar los límites de su facultad integradora de los hechos, cuyo ejercicio debe estar presidido por la moderación, si no se quiere romper la naturaleza propia del recurso de casación, para caer de lleno en una valoración conjunta de la prueba a modo de órgano de instancia (cfr. SSTS de 28 de mayo de 2001, de 19 de junio y de 20 de marzo de 2000). (**STS de 25 de febrero de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *W. S. S. S.*, compañía de seguros, interpuso demanda contra don J. M. F., don J. L. M. B. y don L. E. M. B., en ejercicio de la acción individual de responsabilidad del artículo 135 LSA contra los mismos en su condición de administradores de la

mercantil *I. J. S. A.*, y subsidiariamente de la acción social de responsabilidad, al amparo del artículo 134. 5 LSA alegaba la actora haber sufrido un perjuicio como consecuencia del pago a la tomadora del seguro de parte de la indemnización por los riesgos cubiertos, siendo así que la asegurada era otra compañía propiedad de los mismos demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que el daño sufrido por la aseguradora demandante se había debido a su propio error en el pago y a su pasividad en el juicio de faltas, donde pudo oponer su condición de acreedora en virtud de subrogación. La Audiencia Provincial de Burgos confirmó la sentencia de instancia. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**88. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Eficacia retroactiva.**—La jurisprudencia atribuye al régimen de la impugnación de los acuerdos sociales establecido en la Ley de sociedades anónimas de 1989 un grado máximo de retroactividad.

**Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Orden público: concepto y examen de supuesto concreto.**—El concepto de orden público, en el ámbito de los acuerdos sociales, tiene carácter restringido, se concibe como protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, de suerte que infringirían el orden público los acuerdos, convenios o negocios que atacaran esa protección siempre que tuvieran la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE. En tal sentido, no existe vulneración del orden público en el cambio de tres administradores solidarios a cuatro mancomunados, dado que lejos de perjudicar los derechos de los accionistas, los intereses sociales, los de los propios demandantes o los derechos de los acreedores sociales, los fortalece notablemente.

**Buena fe.**—La buena fe impone que una pretensión no pueda ejercitarse cuando se haya dejado pasar tanto tiempo que el adversario de la pretensión tenga razones objetivas para esperar que el derecho ya no se ejercitará. (**STS de 4 de marzo de 2002**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don A. H. G. y don R. R. S. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria demanda contra la compañía mercantil *Fuertur, S. A.*, don J. J. M. F., don L. M. G. S. O. y don J. A. V., solicitando se declarase la nulidad de acuerdos sociales adoptados en Junta universal. Dicho Juzgado estimó la demanda. La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**89. Contabilidad. Finalidad.**—La contabilidad cerrada en cada ejercicio debe reflejar con claridad y exactitud la situación patrimonial de la empresa, y los beneficios obtenidos durante el ejercicio o las pérdidas sufridas y que el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria se redacten de manera que con su lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación de la compañía y del curso de sus negocios,

**Balance.**—El balance es el elemento fundamental del que habrá de desprenderse con exactitud, veracidad y en forma suficientemente clara y descriptiva la situación de la sociedad, satisfaciendo así no sólo el interés de los socios sino también el de los terceros y acreedores, a todos los cuales les importa conocer la cifra del patrimonio social y por consiguiente la situación económica de la empresa.

**Cuentas anuales. Reglas de valoración.**—Siendo las cuentas anuales un medio de medición del patrimonio social que impiden tanto el reparto de beneficios ficticios como la ocultación de anomalías e inexactitudes, su confección habrá de ajustarse a las reglas de valoración (arts. 193 y ss.) que establece la Ley de sociedades anónimas en relación con el Código de comercio y, por lo que a este litigio afecta, a la norma del artículo 195.1 de dicha Ley según la cual los elementos del activo inmovilizado deberán valorarse al precio de adquisición o al costo de producción, conforme a lo establecido en el Código de comercio.

**Cuentas anuales. Valoración incorrecta: régimen sancionador.**—En caso de valoración incorrecta de los activos, el balance integrador de las cuentas anuales no responde a los requisitos de exactitud, veracidad y de claridad exigibles. Es cierto que el artículo 34 CCO permite que «en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable», pero no se puede olvidar que, a continuación, dispone este artículo 34 que «en estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa», requisito incumplido por la recurrente. El acuerdo que infringe el artículo 195.1 de la Ley de sociedades anónimas y los correspondientes del Código de comercio, sólo puede merecer la calificación de nulo al infringir normas de inexcusable observancia, dada su función garantizadora de la exactitud y veracidad de las cuentas anuales de la sociedad tanto frente a los socios como a los acreedores y terceros, puesto que su trascendencia no se limita al ámbito interno de la sociedad sino que se refleja en toda la actuación de ésta en el tráfico jurídico. (STS de 11 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M., don G. y don F. P. M. H interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander contra la entidad mercantil *E. Pérez del Molino, S. A.*, sobre nulidad de acuerdos sociales. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación interpuesto por don M., don G. y don F. P. M. H. declarando nulo el acuerdo impugnado. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**90. Sociedades anónimas. Responsabilidad prevista en la DT 3.ª: finalidad y alcance.**—La finalidad de la responsabilidad punitiva recogida en la Ley de sociedades anónimas de 1989 debe contemplarse desde la perspectiva del favorecimiento de la seguridad del tráfico, el desencadenamiento de la sanción no precisa la existencia de un daño, siendo suficiente para la originación de dicha responsabilidad de administradores o liquidadores, con la falta de adaptación de los estatutos a lo previsto en la Ley de 1989. Tal responsabi-

lidad nace el 30 de junio de 1992, tope o fecha inicial de su adaptación a la nueva normativa societaria y el ámbito objetivo está constituido por las deudas sociales, comprendiendo tanto las anteriores como las posteriores al 30 de junio de 1992. Ello es así no sólo porque «donde la Ley no distingue, no debe distinguir el intérprete», sino porque la finalidad del precepto está dirigida a forzar y compeler el cumplimiento de tal obligación legal y, asimismo, porque la DT 5.ª, en su último inciso, señala la misma sanción –responsabilidad personal y solidaria– para administradores y liquidadores. Esta responsabilidad se aplica y subsiste aun para las sociedades anónimas en período de liquidación, pues el precepto se extiende a los liquidadores, con una responsabilidad directa de los mismos, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 279, que restringe su responsabilidad frente a accionistas o acreedores tan sólo en caso de fraude o negligencia grave en el desempeño del cargo. La voluntad del legislador resulta clara, ha pretendido hacer responsable de las deudas sociales a los liquidadores cuando la sociedad anónima no se haya adaptado a la nueva normativa en el plazo señalado y del mismo modo que para los administradores.

**Sociedades anónimas. Conversión de administradores en liquidadores.**—No hay en la Ley de sociedades anónimas una norma permisiva de la conversión de administradores en liquidadores, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 110 LSRL, donde se contiene esta previsión; la regla general del artículo 268 de aquel texto legal es la designación de liquidadores por la Junta cuando los estatutos no hubieren establecido normas sobre su nombramiento; no obstante, en el caso de autos, después del acuerdo disolutivo y el vacío para obrar la liquidación, no parece impropia la estimación de que el administrador se transformó en un liquidador *de facto*, pues otra cosa supondría la factibilidad de abrir una vía de fraude en la sociedad, ante la completa inexistencia de un gestor de los intereses sociales, internos y externos, a partir de la disolución.

**Sociedades anónimas. Liquidación: alcance.**—El período liquidatorio de la sociedad disuelta consiste en el conjunto de operaciones relativas a la realización de los cobros, pagos y operaciones pendientes, y, en su caso, en el reparto del activo resultante entre los socios, con la incidencia eventual de que si en el balance final, o a lo largo de las actuaciones, surge una situación de insolvencia, provisional o definitiva, los liquidadores deberán solicitar en el término de diez días a partir de aquel en que se haga patente esa situación, la declaración de suspensión de pagos o de quiebra, según proceda (art. 124 LSA), cuyo proceso liquidatorio transcurre desde la disolución hasta la extinción final con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para su constancia y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, y, entre tanto, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica, según dispone el artículo 264 LSA. La doctrina jurisprudencial ha precisado que la sociedad conserva su personalidad, aun después de su disolución, hasta que se practica la liquidación, sin que ésta pueda darse por terminada mientras no se hayan cumplido todas las obligaciones pendientes. (STS de 12 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial del Motor, S. A.* interpuso ante al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tudela demanda contra don J. M. G. S. sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Navarra confirmó la resolución recurrida. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**91. Unión temporal de empresas. Solidaridad *ex lege*.**—El artículo 8 de la Ley 18/1982, de 26 de noviembre, sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresa y Sociedades de Desarrollo Regional crea el instituto de la responsabilidad solidaria de las empresas miembros de la «agrupación» o «asociación temporal» frente a terceros acreedores en el cumplimiento obligacional, no sólo circunscritos al ámbito de los deberes fiscales, sino de cualesquiera otras obligaciones dimanantes de los actos y operaciones que por constituir el objeto o actividad para la cual nació esa «unión» vienen siendo realizadas con el común denominador del beneficio conjunto de todos sus componentes. (STS de 28 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Fuentes, S. L.* interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Elche demanda contra *Ferrocarriles y Obras Civiles, S. A. (Fyocsa), Vías y Construcciones, S. A. (Viosa), y Promociones Más al Sur, S. L.*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante resolvió la apelación confirmando la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**92. Unión temporal de empresas. Régimen jurídico. Solidaridad.**—Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional establece la solidaridad, pues en el apartado 8 del artículo 8 precisa que la responsabilidad contra terceros de los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso, solidaria e ilimitada para sus miembros; y en escritura de constitución de la unión temporal de empresas, dado que, en el caso de autos se cumplió lo dispuesto en el apartado 2 sobre el objeto de la unión, expresado mediante una memoria o programa, con determinación de las actividades y medios para su realización, sin existir razón alguna que sustente la posibilidad de que la gerencia nombrada en la escritura haya actuado sin publicidad y fuera de la finalidad que le confería la propia unión temporal de empresas. No es óbice para la aplicación de la solidaridad lo recogido en el artículo 9 —las empresas miembros de la unión temporal quedarán solidariamente asociadas frente a la Administración Tributaria por las retenciones en la fuente a cuenta de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o sobre sociedades que la unión venga a realizar, así como por los tributos indirectos—, y en el artículo 7.2, el cual establece que la unión temporal de empresas no tendrá personalidad jurídica propia. (STS de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Transexport, S. L.* presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de El Ferrol, demanda contra *Cuiña, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. El referido Juzgado dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación ante la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de La Coruña, fue confirmada. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**93. Suspensión de pagos. Necesario concurso de los interventores: prueba y efectos.**—Incumbe a la parte actora y recurrida, en virtud de las reglas



sobre la carga de la prueba, establecidas en el artículo 1214 CC, haber probado como elemento básico de la licitud de su pedimento, el necesario concurso de los interventores, con carácter previo, para autorizar la celebración del contrato del que dimanan las obligaciones que se reclaman. Tal carga no fue debidamente liberada, antes bien, queda acreditado este elemento fundante de la pretensión. La carencia del referido presupuesto obliga, de acuerdo con la dicción legal (artículo 6 «el suspenso que practicare cualquiera de las operaciones indicadas [...] sin el concurso de los interventores [...] incurrirá en la responsabilidad definida en el artículo 548 CP y los actos que realice serán nulos e ineficaces») a estimar, producida la denuncia, la nulidad e ineficacia del negocio cuestionado. Debe reputarse, adecuado a Ley, el rigor justificado en su interpretación, pues no puede quebrarse de ninguna manera el principio de la *par conditio creditorum*; la nulidad de estos actos se explica, así, por razones de orden o interés público. Es más, los actos del suspenso realizados sin la concurrencia de los interventores no sólo incurrir en nulidad radical, sino que pueden generar la correspondiente responsabilidad al amparo del artículo 1902 CC.

**Voto particular.**—El estado de suspensión de pagos no produce limitación alguna en la capacidad jurídica, ni de obrar del suspenso, aunque haya de contar con el concurso de los interventores para determinadas operaciones y la realización de actos por el suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que determina es la posibilidad de que éstos o en su caso los acreedores ejerciten las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si les resultaren perjudiciales. (STS de 14 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Proyecto Control y Gestión de Obras, S. A.*, planteó ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander demanda contra la entidad *Intra Corporación Financiera, S. A.*, y contra la intervención judicial designada en el expediente de suspensión de pagos de la compañía demandada sobre reclamación de cantidad. El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que resolvió la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de *Intra, Corporación Financiera, S. A.* Recurrida en casación por *Intra, Corporación Financiera, S. A.*, el TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

## DERECHO PROCESAL

**94. Jurisdicción laboral: reclamación de cantidad: defecto en el ejercicio de la jurisdicción.**—No es suficiente con la cita en los fundamentos de derecho de la demanda, del capítulo III, Título VI, Libro IV del Código civil y del artículo 1254 y concordantes, cuando la cuestión debatida se atribuye a la jurisdicción social; además, la cita del artículo 9.2 LOPJ se torna contra la tesis del recurrente, porque atribuye al órgano jurisdiccional civil, no sólo las materias que le son propias, sino todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, y la planteada en la demanda lo está al

orden social o laboral. En el contrato de 2 de noviembre de 1983, los administradores solidarios de cierta empresa contratan al actor, nuevo accionista, y determinan sus servicios profesionales como Consejero Apoderado, pero no pasa a convertirse en Administrador porque tal nombramiento corresponde a la Junta General de la Sociedad; se determina que prestará sus servicios a la empresa en la oficina que, a tal fin, se abrirá en Barcelona; más tarde será despedido originándose la presente reclamación que pretende infructuosamente encauzarse por la vía civil. La Sala 1.<sup>a</sup> ha declarado que la exclusión del ámbito laboral se basa en la naturaleza del vínculo en cuya virtud desempeña sus funciones, como los arrendamientos de servicios para funciones de alta gerencia y dirección; doctrina conforme con la de la Sala 4.<sup>a</sup> aplicable al caso actual caracterizado por las notas de voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona; también se ha declarado por esta última Sala la compatibilidad entre la relación laboral y la societaria.

**Indefensión.**—Se alega indefensión con base en el artículo 74 LEC derogada porque la sentencia de primer grado resolvió estimarse incompetente por razón de la materia, oyendo al Ministerio Fiscal, pero sin oír ni prevenir a las partes y, en particular, a la demandante; tampoco se ha declarado la nulidad de lo actuado. El motivo se rechaza porque el artículo 74 LEC se está refiriendo a una cuestión de competencia entre dos órganos de la misma jurisdicción ordinaria y no de diferentes jurisdicciones y, en definitiva, lo que veda es la promoción de oficio de las cuestiones de competencia. Por ello, la sentencia ni ha declarado la nulidad de lo actuado, ni hace la prevención del artículo 74 LEC, porque las sentencias de instancia ya señalan con suficiente claridad al recurrente la imposibilidad de actuar la pretensión de la demanda en la jurisdicción civil, y ha sido tan sólo la contumacia de la parte actora la determinante de tal situación, no existiendo indefensión ya que en cualquier tiempo pudo acudir a la vía jurisdiccional adecuada.

**Inaplicación del Estatuto de los Trabajadores.**—Se denuncia inaplicación del artículo 1.3.a) del ET de 1980, lo que no es cierto, pues dicho precepto repite con literalidad idéntica la redacción aprobada por la reforma de 24 de marzo de 1995, actualmente en vigor, en el que se excluye «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de Administración en las empresas que revistan la forma jurídica de la sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». Se diferencian así dos situaciones que suelen confundirse en la práctica, pero que aparecen separadas normativamente en sus efectos; por una parte, los miembros de los órganos de administración de las sociedades, cuya relación se incardina en el ámbito del Derecho mercantil y cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción civil, y, de otro, el personal de alta dirección de las empresas no comprendido en el caso anterior y que da lugar al nacimiento de una relación laboral, y que es el caso aquí comprendido; la STS de la Sala 4.<sup>a</sup> de 22 de diciembre de 1994 destaca que en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre la alienidad, que no existe en los miembros de los órganos de administración, característica que se da en el caso aquí contemplado. (STS de 26 de abril de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

**95. El tema del IVA, al igual que el relativo a todo impuesto, pertenece a la Administración Tributaria y cualquier contienda judicial ha de**

**plantearse en la vía contencioso-administrativa.**—La doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del Supremo mantiene de forma constante que la decisión sobre la idoneidad de la factura del IVA, la prescripción de la repercusión a terceros y la legislación aplicable corresponde a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 27 de septiembre de 2000). Por consiguiente, constituye abuso de jurisdicción cuando el órgano civil entra a conocer la obligación tributaria del recurrente, fijando la cuantía y el tipo aplicable del IVA (STS de 3 de noviembre de 1995). Sólo ha de considerarse competente a la jurisdicción civil cuando su incursión en el tema del IVA es de carácter accesorio, pero de ningún modo cuando dicha materia es la cuestión central del pleito. (STS de 15 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En el acto de celebración de escritura de compra-venta de una serie de bienes inmuebles la compradora *Promociones Rogau, S. L.*, paga la cantidad de 7.500.000 pesetas en concepto de IVA al tipo del 6 por 100 sobre el precio a la también mercantil *Promociones y Construcciones Serafín Garrido, S. A.* No obstante, ésta última, vendedora, promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la compradora exigiéndole la cantidad de 1.784.000 pesetas debido a que una posterior actuación inspectora de la Agencia Estatal Tributaria reputa aplicable el 15 por 100, levantando al efecto el oportuno expediente. Tanto la resolución del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial desestiman la demanda formulada por la vendedora y el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Promociones y Construcciones Serafín Garrido, S. A.* (Alma R. G.)

**96. Embargo: concepto procesal y concepto registral.**—El embargo, desde el punto de vista procesal, es la traba de un bien que desemboca en su adquisición, a los efectos de realización de valor para cumplir la obligación dineraria que fue objeto del proceso donde se produjo el embargo. Desde el punto de vista registral, es una garantía, que constituye, en perjuicio de posteriores adquirentes del bien embargado, una afección de tipo hipotecario en seguridad de la obligación que dio lugar al mismo; responde a la antigua hipoteca judicial; como tal asiento registral, carece de carácter constitutivo. (STS de 31 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El complejo supuesto de hecho —una maraña de acontecimientos en los que los aspectos cronológicos son relevantes— plantea la cuestión jurídica que la propia sentencia resume: «la *litis* se centra en la demanda declarativa del derecho de propiedad adquirido por compraventa en escritura pública (1989) inscrita en el Registro de la Propiedad (en 1990) frente al derecho sobre las mismas fincas adquirido por los demandados por auto aprobando la ejecución de hipoteca (de 1992) inscrito en el Registro de la Propiedad (en 1993)». El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. Los demandantes interponen recurso de casación y el TS lo estima. El Magistrado José Almagro Nosete formula un voto particular discrepante. (R. G. S.)