

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocio DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ.**

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. *Dies a quo* de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual cuando existe juicio penal previo.**—Cuando haya habido un proceso penal previo al ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual establecida en el artículo 1902 CC, el plazo de prescripción, que impediría el ejercicio de la misma, no empieza a contarse, sino hasta que el auto de archivo de la causa penal no haya sido notificado al interesado (SSTS de 14 de marzo de 2002 y 26 de abril de 2002).

La jurisprudencia sostiene que las normas de la prescripción han de interpretarse de forma restrictiva. Esta interpretación no se ampara en principios de justicia, sino de seguridad jurídica y no tiene aplicación en el caso de quedar probado que el actor conocía la sentencia absolutoria y el archivo de la causa penal. (STS de 26 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de noviembre de 1989, don P. M. C. sufrió un accidente cuando dirigía la descarga de unas grandes piezas de hormigón desde un camión que las había transportado. La operación se realizó por medio de una grúa propiedad de la entidad mercantil *Grúas Burgos, S. A.*, manipulada por don F. J. M. V.; la entidad propietaria de la grúa tenía asegurados los riesgos de responsabilidad civil con *Winterthur, S. A.*, por los que fueron todos demandados por el accidentado. Se siguió juicio de faltas que concluyó con sentencia absolutoria con fecha de 26 de junio de 1991 y se acordó el archivo de las actuaciones penales, resoluciones que fueron notificadas en tiempo y forma, el 3 de julio de 1991 al Procurador de don P. M. C.

En el mes de agosto de 1995, don P. M. C. formuló demanda en ejercicio de acción personal sobre derecho de crédito, en reclamación de 20.000.000 de pesetas derivada de responsabilidad extracontractual, como consecuencia del accidente sufrido, ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Grúas Burgos, S. A.*, don F. J. M. V., ambos declarados en situación de rebeldía y contra *Winterthur*, sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la excepción perentoria de prescripción opuesta, absolviendo a los demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Posteriormente, don P. M. C., formalizó recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia del TS ha reiterado que la prescripción es un instituto no fundado en la justicia intrínseca, sino en el principio de seguridad jurídica a fin de evitar en la medida de lo posible el ejercicio tardío de los derechos (SSTS de 7 de enero de 1881, 20 de octubre de 1988, 14 de octubre de 1991 y 30 de septiembre de 1993), debe ser aplicada con espíritu restrictivo, de tal forma que cuando se ponga de relieve un simple atisbo de *animus conservandi* en quien la misma se pretende aplicar, habrá de entenderse interrumpido el plazo de prescripción (SSTS de 18 de septiembre de 1987 y 16 de enero de 2003).

En la sentencia anotada, la conducta del actor incluso raya en la mala fe, puesto que para sustraerse a los efectos de la prescripción comparece ante el Juzgado de lo penal poco antes de presentar la demanda civil, en petición de que le fuera notificada la sentencia del juicio de faltas que conocía ya desde cuatro años antes.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que entiende que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de un año de la acción civil de responsabilidad por culpa extracontractual (art. 1968.2 CC), no puede ser el de la fecha del auto de archivo, sino aquel en que, según las pruebas aportadas, los perjudicados han tenido conocimiento efectivo de dicha resolución (SSTS de 25 de marzo de 1996, 26 de septiembre de 1997, 3 de marzo de 1998, 17 de julio de 2001, 20 de diciembre y 26 de abril de 2002, 27 de febrero y 14 de julio de 2003).

Numerosas sentencias del TS han entendido que si no se ha producido la notificación, no ha comenzado la prescripción (SSTS de 25 de marzo de 1996, 27 de mayo y 31 de diciembre de 1997, 3 de marzo y 21 de septiembre de 1998 y 11 de abril de 2002). (*M. C. L. J.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Caducidad de la acción civil del derecho al honor: artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982.**—Este artículo 9.5 establece que «las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas». No se trata de un plazo de prescripción, sino de caducidad, según lo revela el debate parlamentario (Diario de Sesiones del Senado, 17 de marzo de 1982, p. 73). (STS de 28 de septiembre de 1998).

La caducidad supone la decadencia de derechos que surge cuando la ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya esgrimido. Con el fin de evitar la inseguridad jurídica, la caducidad ha de contemplarse desde el dato derivado del no ejercicio de un derecho por su titular dentro del plazo marcado por la norma. (STS de 31 de julio de 2000).

El *dies a quo* para el cómputo de los cuatro años de caducidad del artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 se inicia en el instante en el que el legitimado ejercita la opción entre la vía civil o penal.

**Imposibilidad de interrupción de la caducidad.**—Un aspecto esencial de la caducidad es el de la imposibilidad de interrupción, nota diferenciadora de la prescripción. El cumplimiento del plazo de caducidad prohíbe no sólo su interrupción, sino también la suspensión del mismo, puesto que cuando dicho plazo viene determinado por la ley, sólo si ésta así lo establece se podría acoger una causa de suspensión. (STS de 28 de septiembre de 1998). (STS de 22 de noviembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—El 16 de octubre de 1989, don F. R. de A. M. interpuso ante el Juzgado de Guardia querrela criminal por calumnia propagada por escrito y con publicidad en el reportaje publicado por la revista *Interviú* en su edición del 6 al 12 de junio de 1989. El 8 de julio 1993 el querellante, unilateralmente, presentó escrito por el que desistía de la querrela, ratificándose en su contenido el 24 de diciembre de 1993. Con fecha 25 de enero de 1994, el Juzgado de lo Penal dictó auto por el que acordaba el archivo de las actuaciones en base al desistimiento unilateral formulado por don F. R. de A. M. El 28 de febrero de 1994 don F. R. de A. M. interpuso demanda civil de protección al honor ante el Juzgado de Primera Instancia contra don M. V. y *Ediciones Zeta* y contra don J. J. F. P.

La parte actora solicitaba la condena solidaria de don M. V., don J. J. F. y *Ediciones Zeta, S. A.*, al pago de 45.000.000 de pesetas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados con la publicación del artículo. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a don M. V. y *Ediciones Zeta, S. A.*, a abonar al actor en concepto de indemniza-

ción la cantidad de 1.500.000 pesetas, absolviendo al demandado señor F. P.

Apelada la sentencia de primera instancia por don F. R. de A. M., don J. J. F. P. y por *Ediciones Zeta, S. A.*, y don M. V. de C., la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia en el sentido de elevar a tres millones de pesetas (3.000.000 ptas.) la indemnización en favor del actor.

Don M. V. de C. y *Ediciones Zeta, S. A.*, interpusieron contra la sentencia recurso de casación.

NOTA.—La concreción de la fecha del *dies a quo* a que se refiere el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 con la expresión «desde que el legitimado pudo ejercitarlas» puede plantear problemas de interpretación en la práctica; la doctrina jurisprudencial ha ofrecido algunas soluciones sobre esta cuestión. La STS de 28 de mayo de 1990 entendió que el día inicial del cómputo fue aquel en que la demandante tuvo conocimiento de los escritos forenses donde se conocieron las injurias reputadas como ofensivas; la STS de 20 de abril de 1991 consideró que la actora pudo ejercitar la acción desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1982, dado que tal fecha se alejaba de los hechos que dieron lugar a la reclamación (STS de 28 de septiembre de 1998).

En la sentencia anotada, una vez finalizado el procedimiento penal por auto de sobreseimiento, había transcurrido con exceso el plazo establecido en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, y entraba en juego la doctrina relativa a que «la legalidad a que deben someterse los Tribunales por imperio de la Constitución (art. 117) y de la Ley Orgánica (art. 1), obligan a aplicar las normas, aunque sean de naturaleza formalista, y obstaculicen las pretensiones sustantivas» (SSTS de 20 de abril y 22 de noviembre de 1991). (*M. C. L. J.*)

**3. Libertad de expresión e información y derecho al honor. Límites a la crítica.**—Es cierto que las obras en su conjunto reflejan aspectos críticos legítimos que ponen de relieve no sólo defectos sino también conductas que deber ser subsanadas y erradicadas. Mas algunas de las referencias concretas al actor contienen afirmaciones que afectan a la intimidad de su ética profesional y, por ende, a su prestigio; de manera que su veracidad no puede inferirse de los indicios que, a juicio del demandado, acreditan aquéllas, por muy convenientemente que resulten para el autor del libro. Pues la veracidad no se impone por la creencia, más o menos razonada del recurrente, sino por la determinación de los datos objetivos que permitan establecer la misma con respaldo judicial. En el caso que nos ocupa, resulta evidente que los libros publicados no responden única y exclusivamente a la intención de informar, sino que plasman los pensamientos, opiniones y juicios de valor del autor sobre los hechos y sus sujetos. Ante ello resulta imposible acceder a la pretensión del demandado de que se declare la veracidad de lo escrito para que, al amparo de su derecho a informar, no se estime la existencia de intromisión ilegítima en el honor del actor.

**Libertad de información y libertad de expresión. Ponderación de los límites de una y otra. Exclusión de las palabras o expresiones insultantes, vejatorias o descalificadoras.**—De acuerdo con la doctrina constitucional, en la ponderación de los límites de la libertad de información y de la libertad de

expresión han de actuar otras exigencias igualmente importantes; entre ellas, la no utilización de palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de la persona a la que se refieren, innecesarias para el fin perseguido con la información y la opinión (SSTC de 6 de junio de 1990 y 21 de noviembre de 1995). La prevalencia de la información o de la libre expresión no es absoluta, porque guarda congruencia con la finalidad de contribuir a la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y que la intromisión no vaya más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar tal finalidad. El derecho a la libertad de expresión que comporta el derecho a la crítica no legitima insultos de determinada entidad o actos vejatorios (SSTS de 30 de diciembre de 2000 y 29 de noviembre de 2001).

**Condena por intromisión ilegítima en el derecho al honor. Ausencia de la necesidad de publicar la sentencia como medida reparatoria.**—Aunque el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, prevé como medida reparatoria la posibilidad de que se pueda publicar la sentencia, como facultad meramente potestativa del juzgador, en el presente supuesto no se estima adecuado hacer uso de tal medida en tanto que si bien la intromisión tuvo divulgación por la publicación de libros, no tuvieron acceso a otros medios de comunicación social como la prensa escrita o radiotelevisada, razón de que no se considere adecuada la medida solicitada. Pertenece esta cuestión al ámbito de instancia y, por tanto, su decisión no es revisable en casación, salvo que manifestara, lo que no concurre, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad.

**Establecimiento del *quantum* indemnizatorio por la intromisión ilegítima en el derecho al honor. No caben condenas teóricas.**—Debiendo fijarse una indemnización económica, sin que existan perjuicios objetivamente valorables, puesto que la declaración de la existencia de intromisión ilegítima constituye la reparación real del daño causado y la satisfacción personal del perjudicado, no es admisible que se fijen indemnizaciones de forma teórica, pues con ello se vulnera la doctrina jurisprudencial que prohíbe esta clase de condenas (SSTS de 23 de marzo de 1987 y 27 de octubre de 1989). (STS de 18 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don S. B. G. presentó demanda sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas, solicitando se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en su honor, derivada de los libros publicados por el demandado, don P. R. M., en los que además de una crítica al conjunto de la administración de justicia en sentido amplio, imputaba al actor la participación en actos tipificados como delitos, con especial incidencia en su ámbito profesional de abogado; sin que existiese una determinación objetiva de los hechos imputados que permitiese establecer, con respaldo judicial, su comisión y la participación en ellos del actor. El Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz estimó la demanda y condenó al demandado al pago de cinco millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Tenerife estimó parcialmente el recurso de apelación, y fijó la indemnización en setenta y cinco pesetas. Ambas partes recurrieron en casación. El TS no acogió el recurso planteado por el demandado y sí dio lugar a la casación instada por el actor. (L. A. G. D.)

**4. Revisión de la sentencia dictada en casación por ordenarlo así el TC al resolver sobre recurso de amparo. Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Aplicación de lo decidido por el TC.**—Los motivos alegados como fundamento del recurso, relativos a la inexistencia de intromisión ilegítima en la intimidad y propia imagen, fueron estimados por la sentencia del TS, que ha sido anulada por el TC. Por lo cual, por imperativo legal, deben ahora desestimarse sin más consideraciones.

**Intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Bases para la fijación del *quantum* indemnizatorio.**—El *quantum* indemnizatorio no es objeto de casación, como tal. Pero sí lo es la base jurídica que da lugar al mismo, que es el caso que se plantea. En este sentido, no apareciendo datos objetivos que permitan una aplicación directa de los criterios del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, se atiende a la trascendencia —escasa— de unas fotos, a la capacidad económica —alta— del perjudicado, a la situación de las personas en el lugar —público— y a la obtención de las imágenes —por persona amiga— y su difusión —por persona desconocida—; por lo que, en el trance de fijar una cantidad, se establece en doscientos euros (STS de 5 de noviembre de 2001). (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. demandó a la entidad E. G. E. por intromisión ilegítima en su derecho al honor, reclamando una indemnización de veinte millones de pesetas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ambos de Madrid, estimaron la pretensión del actor. El TS, por su parte, dio lugar al recurso de casación planteado por el actor, al considerar que no existía intromisión ilegítima. Don A. A. presentó demanda de amparo ante el TC, que dictó sentencia otorgando el amparo solicitado y anulando la sentencia del TS. En nueva votación y fallo, el Alto Tribunal, además de aplicar lo resuelto por el TC, dio lugar al recurso de casación y anuló la sentencia de la Audiencia Provincial en el único sentido de fijar la indemnización en la cifra de doscientos euros. (L. A. G. D.)

**5. Características del derecho al honor.**—El derecho al honor es un derecho de la personalidad siendo el titular del mismo la persona concreta ofendida. Según establece el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, se trata de un derecho irrenunciable e inalienable. El TC ha destacado como elementos definidores de este derecho su carácter personalista y su íntima conexión con la dignidad de la persona (FD 1.º).

**Protección del derecho al honor de funcionario público en vía civil concluido el proceso penal.**—El TC ha manifestado en la S 8 de abril de 2002 que no es discriminatoria la existencia de un doble régimen de preferencia de la jurisdicción penal y civil, según se trate de hechos que, de entenderse delictivos sean perseguibles de oficio o a instancia de parte y además nada obsta a que el funcionario o autoridad personalmente afectado por los hechos pueda, una vez concluido el proceso penal, continuar con el ejercicio de la acción civil de protección a su honor cuando ha sido atacado. (STS de 26 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 26 de marzo de 1990, a las puertas de una sucursal bancaria, don J. M. le propinó una bofetada en la mejilla a la vez que le llamó «soplapollas y gilipollas» a don J. E. O., subinspector de Hacienda, que encontrándose en funciones propias de su cargo, iba a realizar una inspección en la cuenta bancaria de la que era titular el primero. Don J. M. fue enjuiciado por estos hechos por la jurisdicción penal que en sentencia de 26 de noviembre de 1992 lo condenó como autor de un delito de atentado. Ni el Ministerio Fiscal, ni la Abogacía del Estado, que ejercitaba la acusación particular, interesaron ninguna indemnización a favor del ofendido derivada del delito, por lo que congruentemente no fue contemplada en la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia tramitó el procedimiento especial de Protección de los Derechos fundamentales por la demanda que presentó don J. E. O. contra don J. M. y absolvió al demandado de cuantas pretensiones indemnizatorias se accionaban por el actor al considerar que no se había producido una intromisión ilegítima en el honor del demandante. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la anterior resolución y admitiendo el recurso del actor condena a don J. M. por intromisión ilegítima en el honor del recurrente a que le indemnice a don J. E. O. en un millón de pesetas.

Don J. M., formalizó recurso de casación contra la sentencia de apelación, oponiéndose el Ministerio Fiscal al mismo.

**NOTA.**—De los hechos de la sentencia se pueden diferenciar dos conductas concurrentes, una, referente a la agresión física que la jurisdicción penal consideró decisiva para pronunciar condena por la consumación de un delito de atentado, y otra, las expresiones vejatorias proferidas por el recurrente; expresiones lesivas al honor, teniendo en cuenta las circunstancias y lugar en las que se manifestaron, la entrada a una entidad bancaria abierta, con inevitable asistencia de público y con ocasión de que el ofendido realizaba su actividad profesional de subinspector de Hacienda. Por lo tanto, al sufrimiento físico que padeció por la agresión se anudó el moral por la vejación pública a que fue sometido (FD 1.º).

La STC de 16 de diciembre de 1991 (seguida, entre otras, por la STC de 8 de abril de 2002 que analiza la evolución jurisprudencial en la materia), supuso un cambio doctrinal en la interpretación del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción originaria (reformado por la D 4.ª de la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 que aprobó el CP). Este artículo en su versión originaria establecía que: «cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito».

Antes de la mencionada STC, en el caso de que los hechos presentamente lesivos del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen fuesen aparentemente delictivos, la jurisprudencia del TS distinguía según que se tratase de delitos que, por afectar a funcionarios públicos o autoridades, fuesen perseguibles de oficio o a instancia de parte. En el primer caso, entendía que la apariencia delictiva de los hechos determinaba, a tenor del artícu-

lo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que hubiera de conocer la jurisdicción penal con preferencia absoluta. (STS de 11 de noviembre de 1988, 27 de enero, 7 y 23 de febrero, 17 de marzo, 14 de abril, 22 de junio, 6 y 14 de julio, y 11 de octubre de 1989, 4 de octubre y 14 de noviembre de 1991).

En el supuesto de que los delitos fuesen perseguibles a instancia del ofendido mediante denuncia o querrela según los casos, por no ser los perjudicados afectados en consideración a ninguna condición pública, el TS siempre ha reconocido el derecho de opción por la protección a través de la jurisdicción penal o la civil (SSTS de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo y 22 de octubre de 1987, 11 de octubre de 1988, 13 de julio de 1992 y 14 de marzo de 1996).

A partir de la STC de 16 de diciembre de 1991 se da un cambio doctrinal en los supuestos en los que los hechos pretendidamente lesivos del derecho al honor pueden ser constitutivos de delito público, reconociendo al perjudicado la doble vía, salvo que exista un proceso penal pendiente o que la jurisdicción civil tuviera que fundamentar su resolución exclusivamente en la existencia de un delito (SSTS de 26 de febrero de 1992, 26 de enero de 1993, 6 de febrero y 12 de marzo de 1996, y 4 de junio de 2001). (M. C. L. J.)

**6. Proceso de incapacitación. Examen personal del presunto incapaz conforme al derogado artículo 208 CC.**—El ya derogado artículo 208 CC, cuyo contenido se encuentra recogido de manera similar aunque con ciertas modificaciones en el actual artículo 759 LEC 1/2000, impone al Juez una serie de actuaciones, so pena de nulidad del proceso, en garantía del presunto incapaz, entre las cuales se encuentra el examen personal del mismo, examen cuya relevancia constitucional y su carácter de orden público lo configuran como un requisito de fondo que viene a sumarse a las garantías del proceso de incapacitación. Las amplias facultades discrecionales concedidas al Juez le permiten realizar dicho examen «... en las condiciones que mejor le permitan formarse un juicio sobre el verdadero estado del presunto incapaz» (FD 6.º), sin que pueda considerarse que la presencia de una hija ayudando al presunto incapaz junto con el médico forense y bajo la fe pública del Secretario Judicial menoscaben dichas garantías. Es más, dicho examen no se limita, tal y como tiene declarado el TS, al Juez de Primera Instancia, sino también al tribunal de apelación, para quien será preceptiva dicha actuación «... solamente para el caso de que haya un cambio de criterio por el tribunal de apelación» (FD 3.º, con cita de las SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 20 de marzo, 24 de mayo y 9 de junio de 1991, 30 de diciembre de 1995, 4 de marzo de 2000 y 16 de marzo de 2001).

**Examen del presunto incapaz en pieza separada de medidas cautelares.**—Practicado el examen personal del presunto incapaz por el Juez de Primera Instancia en pieza separada de medidas cautelares solicitadas por la parte demandante conforme al artículo 209 CC en orden a la protección del patrimonio del presunto incapaz, una vez que el Juez ordene traer testimonio de todo lo actuado en éstas al correspondiente ramo de pruebas, no puede entenderse que, en el procedimiento declarativo se incumpliera el citado artículo 208 CC, sino que, por el contrario «... lo sustantivo se aplicó para resolver lo cautelar y no a la inversa» (FD 5.º). (STS de 14 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. E. C. ante la isquemia cerebral que había sufrido su padre, don M.-J. E. M. solicitó la declaración de incapacitación del mismo, así como la adopción de ciertas medidas cautelares al amparo del artículo 209 CC, en orden a la protección del patrimonio del presunto incapaz, especialmente el negocio que como empresario autónomo regía. Por el Juez se acordó la audiencia de los parientes más próximos citándose para dicho acto al Ministerio Fiscal. Fueron oídos tanto los tres hijos del presunto incapaz, incluido el propio demandante, así como la esposa. Al día siguiente compareció el presunto incapaz con asistencia del médico forense, haciéndose constar en el acta que el compareciente tenía dificultades para hablar pero que entendía todo lo que se le pregunta, respondiendo unas veces por escrito y otras veces «... lo que dice va siendo interpretado por su hija que le acompaña. Igualmente utiliza gestos para responder a las preguntas que se le hace». El demandante presentó queja solicitando la nulidad de las actuaciones al considerar que el presunto incapaz no podía ser ayudado por su hija. Finalmente se denegaron las citadas medidas cautelares. Mientras se sustanciaba la pieza separada de medidas cautelares, se celebró el juicio declarativo de menor cuantía en el que las partes solicitaron el recibimiento a prueba. En este sentido el Juez ordenó traer testimonio de todo lo actuado en la pieza separada de las medidas cautelares. Desestimada la pretensión de la parte actora en primera instancia, la Audiencia confirmó dicho fallo. La representación legal de don I. E. C. formuló recurso de casación entendiendo que se habían infringido las normas procesales en tanto que el requisito de audiencia tanto al presunto incapaz, a los parientes más próximos de éste así como al correspondiente facultativo no había tenido lugar en el juicio declarativo propiamente dicho sino en pieza separada de medidas cautelares, así como por infracción del artículo 200 CC. El Ministerio Fiscal apoyó el recurso interesando la estimación del primer motivo al considerar que la relevancia constitucional del requisito de la audiencia previa exigía la audiencia del presunto incapaz por el tribunal de apelación.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS viene a reiterar el contenido de la S de 16 de marzo de 2001, RJ 2001/6635, en la que, igualmente, el Ministerio Fiscal, como parte recurrente, solicitaba la declaración de nulidad de la sentencia dictada en grado de apelación, pretendiendo que el tribunal de apelación volviera a dictar sentencia tras examinar por sí mismo al presunto incapaz. Aun cuando, como señala la sentencia que nos ocupa, el planteamiento del Ministerio Fiscal se asemeja a la solución que actualmente postula la regulación contenida en el artículo 759.3 LEC 1/2000, en ningún caso dicho artículo puede ser aplicado al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que conforme a la DT 4.ª LEC 1/2000, al encontrarse el procedimiento pendiente de casación al tiempo de entrada en vigor de la misma, se sustanciaría conforme a la ley anterior, es decir, conforme al actualmente derogado artículo 208 CC. (*R. D. O.*)

**7. Incapacitación parcial.**—Se declara probado por informes periciales que en el sujeto se da ausencia de trastornos psiquiátricos mayores, si bien

padece alteración cognoscitiva derivada de la patología vascular cerebral, centrada básicamente en los procesos lingüísticos, que afectan predominantemente a su capacidad volitiva en relación a la toma de decisiones apoyadas en elementos materiales de carácter lógico, intelectual y complejo y, en menor grado, en aquellos asuntos que conciernen a su propia individualidad, a su esfera emocional y a las relaciones consigo mismo y con los demás; se añade que el sujeto conserva autonomía en lo que hace referencia a sus relaciones con los demás y consigo mismo. De aquí deduce la sentencia de la Audiencia Provincial que el sujeto es capaz de decisiones en el plano personal, disponiendo de los elementos necesarios y suficientes para su autogobierno; por el contrario, por lo que respecta al plano patrimonial, y teniendo en cuenta que el sujeto es dueño de un patrimonio compuesto por múltiples sociedades en las que posee participación mayoritaria las cuales son titulares de una vasta y compleja red de asistencia clínica y sanitaria, se estima que su enfermedad le impide el normal ejercicio de la gestión de dicho patrimonio; de aquí que la Sala comparte el criterio de la instancia de que la incapacidad que afecta al sujeto no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir, como incapacidad total, sino como de tipo medio o atenuado, referida a la administración de sus bienes, que impone la necesidad de que la defectuosa capacidad del mismo se complete, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela, mediante la institución intermedia de la curatela.

**Incongruencia: *Extra petita*.**—Se rechaza este motivo del recurso pues se debe permitir al Juzgador que, en casos como el presente, en los que, si bien se pide la incapacidad total de la persona afectada, pero a lo largo de todo el proceso se prueba que la misma padece un nivel de deterioro psico-físico que no implica esté falta para gobernar su persona sino, exclusivamente, para ejercitar normalmente la gestión de su patrimonio, sea permisible que el Tribunal que enjuicia esa situación personal del interesado, culmine su respuesta y gradúe en cierto modo la petición inicial concediendo un grado de incapacidad que cumpla con lo postulado en alguna medida y, en especial, que no olvide el principio de protección a la persona así afectada con ese mecanismo de defensa o representación, determinando, a tenor de los artículos 287 y 289 CC qué actos han de incluirse en esa protección; además esta Sala subraya que en el *petitum* se solicitaba *que se constituyera el régimen de tutela o guarda a que deba quedar sometido el incapacitado*, guarda que comprende también la curatela según el artículo 215 CC, por lo que no es posible entender que la decisión judicial se aparta de lo interesado en la demanda; supuesto diferente del resuelto por la STS de 30 de octubre de 1994 en que se pedía exclusivamente una incapacidad total.

**Valoración de la prueba pericial: doctrina general.**—Es doctrina jurisprudencial que no existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido; ni los derogados artículos 1242 y 1243 CC, ni el artículo 632 LEC 1881 tienen el carácter de preceptos valorativos de prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez; el Juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica, o abiertamente se aparte lo apreciado por la Sala *a quo* del propio contexto o expresividad del contenido pericial. La STS de 19 de febrero de 1996, a propósito de un litigio igualmente de incapacidad, ha declarado que el

desacuerdo de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica de los artículos 1291 a 1299 CC. (STS de 20 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA:—La demanda se interpone por la esposa, legalmente separada de su marido; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda y declara a todos los efectos la incapacidad del marido para la administración de sus bienes sin que ello afecte a los restantes aspectos de su persona; se deja para la ejecución de la sentencia el nombramiento de curador. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la esposa y estima el interpuesto por el marido a los solos efectos de la designación de curador. Ambos cónyuges recurren en casación, siendo rechazados los respectivos recursos con base en la sentencia extractada.

Si la flexibilidad es una de las características más notables de la reforma de 1983, la sentencia aquí extractada, de la que ha sido Ponente Martínez-Calcerrada y Gómez, creo que puede adscribirse resueltamente a esa dirección interpretativa, que puede llegar a transponer las fronteras rígidas entre tutela y curatela. En efecto, si por un lado puede judicialmente graduarse tanto la tutela como la curatela, por otro parecería necesario diferenciar una y otra por la nota característica de la función representativa que, en principio, se atribuye al tutor y se deniega al curador; siguiendo este razonamiento se diría que el tutor de una persona cuya incapacidad es benigna ejerce necesariamente funciones representativas mientras que no las ejercería en sentido estricto el curador de una persona aquejada de una deficiencia media (como es aquí el caso). Sin embargo, un análisis de las circunstancias que concurren en este supuesto (persona dueña de varias empresas en las que tiene participación mayoritaria y dirige una vasta y compleja red de asistencia clínica y sanitaria) permiten llegar a la conclusión de que el curador que aquí se nombre en ejecución de sentencia, no sólo asistirá al enfermo en los actos de naturaleza patrimonial, sino que eventualmente asumirá su representación jurídica (se confirmaría así lo que hace años sostuve en *Notas sobre la curatela RDP* 1984, pp. 797 ss.). Un sector doctrinal sostiene (Delgado Echeverría en Lacruz *Elementos* 1-2.º, nueva ed. [Madrid 1998], p. 148) que no parece que pueda apreciar el juzgador, a efectos de pronunciar su incapacidad, el elemento externo de la mayor o menor complejidad de tales intereses en el sujeto concreto, y ello debido a que debe hacerse referencia a un hombre normal y corriente; cabalmente ello parece que no se ha cumplido en este caso pues se menciona expresamente su situación económica. Lateralmente surge la sospecha —que se reitera en procesos de esta naturaleza— de que si el presunto incapaz no fuera titular de ese patrimonio tan complejo y cuantioso es poco probable que la demanda se hubiera interpuesto, o, en su caso, que hubiera llegado al TS. (G. G. C.)

**8. Tercería de dominio y doctrina del levantamiento del velo. Ausencia de la condición de tercero en la sociedad demandante.**—La teoría del levantamiento del velo (*lifting the veil*, creación de la jurisprudencia anglo-

sajona), se utiliza con la intención de averiguar lo real en la evolución de una determinada o determinadas personas jurídicas, tanto en los supuestos en los que se pretende una incomunicabilidad de patrimonios de distintas sociedades, o de una sociedad con respecto a sus socios o a su socio único, así como aquellos en los que se utilice una sociedad como pantalla de otra; en todos, con el fin fraudulento de incumplir un contrato, eludir responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Cuando realmente no existan distintas personas jurídicas, estaremos ante un caso de abuso del derecho, en concreto de la forma de las personas jurídicas, y de ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC), por ser un comportamiento contrario a la buena fe (arts. 7.1 CC y 57 CCO).

La tercería de dominio regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC de 1881 es una acción declarativa de dominio cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso. En este sentido, antes de que el tercerista acredite su dominio sobre los bienes objeto del embargo es necesario determinar si ciertamente el demandante de tercería reúne o no la condición de tercero (SSTS de 2 de febrero de 1985, 18 de abril de 2000 y 16 de octubre de 2001). En este sentido la jurisprudencia excluye la condición de tercero en las tercerías en aquellos supuestos en los que se produce una coincidencia de intereses o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado. **(STS de 11 de octubre de 2002; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—La sociedad *Industrias de Transformación de Aluminio, S. A.* formuló demanda de tercería de dominio contra el *Banco Español de Crédito, S. A.* y la entidad *Comercial de Metales de Cádiz, S. A.*, con el objeto de suspender el embargo trabado sobre ciertos bienes con respecto a los cuales interesó la declaración de titularidad. A lo largo del proceso quedó probado que si bien tanto formal como registralmente se trata de sociedades distintas, ambas tienen objeto social muy similar, ya que se relacionan con la industria del aluminio. Igualmente se constató que son accionistas una de la otra, ostentando don J. C. M. diversos cargos gestores de dichas entidades. Desestimada la petición en primera instancia y el correspondiente recurso de apelación por la Audiencia Provincial, la representación de la entidad demandante formuló recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1.1, 9.3 y 10 CE, artículos 7.1 y 2, y 1450 CC, artículos 123.2 y 56 TRLSA, artículo 545 CCO, así como inadecuada aplicación de la teoría del levantamiento del velo.

**NOTA.**—En el supuesto que anotamos el TS, con abundante cita de la jurisprudencia existente sobre la doctrina del levantamiento del velo (SSTS de 28 de enero de 1980, 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 31 de octubre de 1996, 10 de abril y 14 de junio de 2002, entre otras), ha penetrado en el substrato de ambas personas jurídicas, demandante y ejecutada, para determinar si aun cuando formal y registralmente sean dos entidades distintas, aunque con objeto social similar puesto que ambas se ocupan del proceso de comercialización del aluminio, procede o no la aplicación de dicha técnica. Si bien queda comprobado que no nos encontramos ni ante

un supuesto de abuso de la forma jurídica, porque ciertamente existen dos voluntades negociales distintas (una de las sociedades fue constituida cinco años antes del otorgamiento del crédito por parte de la entidad ejecutante), ni de infracapitalización, sin embargo y aunque jurídicamente sean entes con personalidad jurídica propia, quedó probado tanto que ambas pertenecen a una misma persona o familia, como que en la nave donde figuraba el logotipo de la sociedad recurrente se almacenaban materiales de la sociedad ejecutada, de modo que ambas entidades tenían la misma sede física. La parte recurrente alega en casación la infracción de los artículos 545 CCO y 56 TRLSA, entre otros, en cuanto a la transmisión de acciones, sin que el TS se pronuncie expresamente sobre la aplicación o no de los mismos en el supuesto que nos ocupa. (*R. D. O.*)

**9. Tercería de dominio y doctrina del levantamiento del velo. Supuesto de tercerista aparente. Coincidencia de personalidades entre el deudor embargado y el socio único de la sociedad tercerista.**—En el conflicto entre la seguridad jurídica (reconocimiento de personalidad jurídica a una determinada entidad mercantil) y la justicia, ambos valores consagrados en la Constitución Española (arts. 1.1 y 9.3 CE), corresponde según los casos y las circunstancias, por vía de la equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7 CC), penetrar «... en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC)» (SSTS de 24 de marzo de 1997, reiterando la doctrina de las SS de 28 de mayo de 1984, 12 de febrero y 1 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1997, 31 de enero, 30 de mayo y 9 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, entre otras).

En este sentido, en aquellos supuestos en los que el deudor embargado aparece como socio único de la propia sociedad tercerista, nos encontramos ante un supuesto de uso abusivo de la personalidad jurídica formal de los entes sociales (FD 1.º, STS de 5 de abril de 2001), en tanto que «... resulta correcto hablar de simbiosis (jurídica) entre la sociedad que se crea y el socio que resulta ejecutado» (FD 1.º). El deudor ha actuado en el proceso con doble personalidad, puesto que, de una parte, al ser administrador único de la sociedad demandante otorgó, conforme a la legislación societaria (LSRL) vigente, poder para representación jurídico-procesal de la misma; y de otra, por su condición de ejecutado en el proceso civil, vino a comparecer como demandado. La técnica del levantamiento del velo permite revelar la verdadera titularidad sobre los bienes embargados, correspondiendo la misma realmente al deudor ejecutado y no a la entidad tercerista. (**STS de 30 de julio de 2002**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con fecha 14 de enero de 1994, don M. y su esposa constituyeron la entidad *Aceites Belén, S. L.* Posteriormente, el día 20 de junio del mismo año, la entidad *Aceites Moncayo, S. A.* procedió a embargar a don M. ciertas mercancías. La sociedad *Aceites Belén, S. L.*, interpuso demanda de tercería de dominio frente a la entidad ejecutante, *Aceites Moncayo, S. A.*, y don M., el cual se allanó a las peticiones de la parte demandante. Durante el proceso quedó probado

que las mercancías reclamadas como suyas por la entidad tercerista fueron compradas por don M. en la sede social de su propio negocio y no en el domicilio social de aqueéllas, adquisición que tuvo lugar en fechas próximas al embargo. Desestimada la demanda en primera instancia, la referida sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante, recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial. La representación de la parte demandante formuló recurso de casación alegando la infracción del artículo 174 CCO, así como de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de las personas jurídicas.

NOTA.—En la sentencia que anotamos nos encontramos nuevamente ante un supuesto de levantamiento del velo de las personas jurídicas que tiene como fundamento el uso abusivo de la personalidad jurídica formal de los entes sociales. El TS viene a reiterar su ya consolidada doctrina acerca de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas (entre otras SSTs 28 de mayo de 1984, 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 y 3 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 16 de febrero de 1994, 8 de abril de 1996, 31 de enero y 17 de octubre de 2000, entre otras), especialmente en lo relativo a aquellos supuestos en los que, ejercitada una tercería de dominio, con dicha técnica queda al descubierto la falta de la condición de tercero en la entidad o sujeto tercerista, con respecto al sujeto o ente ejecutado (SSTs de 18 de abril de 2000 y 5 de abril y 16 de octubre de 2001). Quedó probado en la sentencia de instancia que tanto la creación de la entidad tercerista (con seis meses de antelación), por el propio deudor posteriormente ejecutado, así como la operación de venta de las mercancías embargadas por el propio deudor tuvieron lugar en fechas muy cercanas al embargo judicial. En este sentido el TS considera que don M. utilizó la entidad de la cual era socio fundador y administrador único con la única finalidad de defraudar a sus acreedores, infringiendo el artículo 1911 CC. El TS considera que no es aplicable al caso el artículo 174 CCO, alegado en casación por la parte recurrente, en tanto que el codemandado, don M. S. M. actuó en el pleito con doble personalidad, tanto como administrador único representando a la sociedad como parte demandante, y de otra, como parte demandada. (R. D. O.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**10. Negocio fiduciario: *Fiducia cum amico*.**—Según la STS de 22 de febrero de 1995, se está en presencia de un negocio fiduciario cuando quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia; no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante; el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en

estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario. En el presente caso tanto el Juzgado como la Sala hicieron correcta aplicación de esta figura por cuanto se produce su reconocido doble efecto, es decir la adquisición de la titularidad de una mitad indivisa del piso y luego la readquisición por quien realmente fue el que efectuó el pago del precio de aquella mitad, que es lo que sucedió en la posterior venta a favor del actor. (STS de 28 de noviembre de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

**11. Diferencias entre negocio fiduciario y negocio simulado.**—La STS de 28 de octubre de 1988 diferencia entre negocio fiduciario y negocio simulado. En los negocios fiduciarios existe una separación entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado; las partes intentan conseguir un efecto distinto y más restringido que el que sería propio del medio empleado. Varios son los caracteres que les podemos atribuir: 1) se trata de un negocio serio; las partes aceptan las consecuencias jurídicas que de él se derivan a pesar de servir a un fin económico distinto del normal; 2) es un negocio complejo, pues es fruto de combinar dos negocios distintos; 3) es un negocio válido.

En los negocios simulados existe una declaración de voluntad no real, que se emite conscientemente, con el objeto de crear, mediante engaño, la apariencia de que se ha celebrado un negocio, cuando en realidad no es así, o de que se ha celebrado uno distinto del verdaderamente realizado. Sus características principales son: 1) es un negocio ficticio, no real, aunque oculte un negocio verdadero; 2) es un negocio simple; 3) es nulo y no tiene trascendencia en el Derecho.

**Requisitos de los contratos.**—El artículo 1261 CC señala los requisitos que ha de reunir todo contrato: consentimiento de las partes, objeto y causa de las obligaciones que se establezcan. En virtud del artículo 1276 CC, el establecimiento de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad, si no se llega a probar que se fundan en otra verdadera y lícita. Además, hay reiterada jurisprudencia que indica, en relación a ese artículo, que la concurrencia de causa se refiere al momento de creación y perfección de la relación contractual que persiste (SSTS de 8 junio de 1995 y de 20 de marzo de 1998), y que esa apreciación está reservada al juzgador de instancia (SSTS de 18 de julio de 1996 y de 17 de noviembre de 1988, entre otras). (STS de 17 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña M. C. Q. C. interpone demanda por la que solicita la declaración de nulidad de la compraventa del inmueble objeto de litigio, celebrada el día 5 de diciembre de 1989 y en que ella interviene como vendedora y don J. C. B. como comprador. La demanda también se dirige contra *American Life Insurance Company* (ALICO) con el fin de que se declare la nulidad de la escritura, la cancelación de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, y la cancelación de la hipoteca constituida sobre la misma por dicha entidad a favor de don J. C. B. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por doña M. C. Q. C. y declara la nulidad de la compraventa celebrada el día 5 de diciembre de 1989 por simulación relativa y ordena la cancelación de la inscripción de la compraventa y de la hipoteca.

Don J. C. B. interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, cuya sentencia revoca la dictada en primera instancia, al considerar como probado que la titularidad del inmueble de la actora fue fiduciaria y que en negocio de compraventa cuya nulidad pretende doña M. C. Q. C. consistía en devolver la propiedad aparente a don J. C. B., que siempre mantuvo su dominio.

El 12 de septiembre de 1988, se produce la adquisición del inmueble objeto del litigio por don J. C. B. El 3 de abril de 1989 don J. C. B. otorga escritura pública a favor de doña M. C. Q. C.; la sentencia de la Audiencia Provincial declara como probado que no obedeció a una compraventa, pues no se pagó nada, sino que sólo se quería establecer una titularidad ficticia. También señala que la compraventa celebrada el 5 de diciembre de 1989 se trata de una simulación, pues no hay pago del precio. Por tanto, la Audiencia estima el recurso y absuelve a don J. C. B. de las pretensiones contenidas en la demanda de instancia.

Doña M. C. Q. C. presenta recurso de casación, basándolo en la interpretación errónea del artículo 1261 CC. (*S. L. M.*)

**12. Cuestión de competencia: exigencia de que el proceso no esté terminado por sentencia firme.**—Si la sentencia dictada en un proceso está pendiente de notificar al demandado, ésta no es firme por lo que no entra en el supuesto del artículo 76 LEC 1881, en virtud del cual no cabe cuestión de competencia cuando el proceso está terminado por sentencia firme.

**Cláusula de sumisión expresa en un contrato de adhesión: nula y abusiva.**—Dicha nulidad se deriva de la LGDCU de 19 de julio de 1984, cuyo criterio ha sido confirmado por la Directiva Comunitaria de 5 de abril de 1993 y la LCGC de 13 de abril de 1998.

**Contrato de compraventa: lugar de pago.**—Conforme al artículo 1500 CC, el pago debe hacerse en el tiempo y lugar en que se hace la entrega de la cosa vendida. (**Auto de 22 de noviembre de 2002.**)

**HECHOS.**—*CREDSA, S. A.* interpone demanda contra *F. G. A.* en el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en relación con una compraventa celebrada mediante contrato de adhesión. En dicho contrato constaba como condición general una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de Barcelona. La cosa vendida había sido entregada en Palma de Mallorca. Se presenta ante el Juzgado de dicha ciudad cuestión de competencia por inhibitoria.

Tanto el Juzgado de Barcelona como el de Palma de Mallorca insisten en su respectiva competencia.

El TS declara la competencia del Juzgado de Palma de Mallorca. (*B. F. G.*)

**13. Los pagarés como medio de pago.**—El pago realizado a través de la entrega de documentos mercantiles como pagarés, letras de cambio, cheques, u otros, supone una forma de pago (art. 1170 CC). Sin embargo, sólo se producen los efectos del pago cuando se hubieran realizado o cuando por culpa del acreedor resulten perjudicados (la entrega es *pro solvendo* como regla

general). Por tanto, la entrega de tales documentos sólo tendrá plena eficacia liberatoria cuando se acredite su total realización.

**Plazo de garantía del aval.**—El plazo establecido en el aval de referencia (límite de su validez) delimita el período que sirve de garantía para el pago de las operaciones comerciales realizadas con el deudor. Su existencia se acredita por haberse concertado durante dicho plazo y su efectividad a través del albarán de entrega de la mercancía. El aval por deudas futuras no puede verse afectado por un segundo plazo (no establecido) que pudiera servir de punto de partida para el cómputo de una prórroga. (STS de 1 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. S. interpone demanda contra las entidades *Frigoríficos Extremeños, S. A., Banco de Madrid, S. A. y Banco Pastor, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Solicita el demandante que se dicte sentencia condenando a *Frigoríficos Extremeños, S. A.* a abonarle 8.849.207 pesetas y por la misma cantidad, y de forma solidaria con la anterior entidad, se condenara a *Banco de Madrid* a abonar al actor 4.500.000 pesetas y a *Banco Pastor* la cantidad de 4.349.207 pesetas, a estos últimos en virtud de la garantía prestada a favor del actor. Subsidiariamente, para el supuesto de que no se estimara la responsabilidad solidaria de las dos entidades avalistas junto a *Frigoríficos Extremeños, S. A.*, se pide que se condene a ésta a abonarle 8.849.207 pesetas y se declare la responsabilidad subsidiaria de las entidades avalistas, condenándolas al pago de determinadas cantidades para el caso de insolvencia de *Frigoríficos Extremeños, S. A.* el Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda de don J. M. S. y absuelve a los demandados.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial dicta sentencia por la que acoge en parte el recurso de don J. M. S. Se condena a dichas entidades al pago de determinadas cantidades, todas ellas en virtud de avales prestados en su día a favor del demandante.

Tanto *Banco de Madrid, S. A.* como *Banco Pastor, S. A.* formalizan sendos recursos de casación, basándolos cada una en diferentes motivos. El TS declara no haber lugar al recurso, desestimando todos los motivos. (S. L. M.)

**14. Inaplicación del artículo 1184 CC cuando la imposibilidad es imputable al deudor.**—La imposibilidad objetiva de cumplir la obligación que establece el artículo 1184 CC es causa de extinción de la obligación por no ser posible realizar la prestación por el deudor, siempre que la imposibilidad no le sea imputable al mismo. Si le es imputable, no es causa de extinción de la obligación, sino que da lugar a la resolución, a la ejecución forzosa en forma específica o a la indemnización (STS de 17 de enero de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997 y 1 de febrero de 1999).

**Prevalencia de la interpretación gramatical de los contratos.**—Un contrato redactado por escrito con forma solemne de escritura pública implica la clara voluntad de obligarse las partes, a tenor de lo expuesto en el documento. Ateniéndose a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1281 CC, cuando los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de

los contratantes ha de prevalecer la interpretación literal (FD 4.º). (STS de 5 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con el fin de unir fuerzas, el *Club Náutico de Formentera* renunció en escritura pública de 13 de septiembre de 1979 a proseguir la tramitación del proyecto que había presentado en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (MOPU), para la construcción de una dársena destinada a embarcaciones deportivas, en provecho del que también tenía iniciado con el mismo objeto *Marina de Formentera S. A.*, a cambio de que esta se obligaba, siempre que obtuviera en su día del MOPU la concesión correspondiente, a modificar el proyecto presentado, construyendo dos pantalanés más, que cedería a título de comodato o arrendamiento al *Club Náutico de Formentera*, teniendo que abonar por su parte este Club los gastos de ejecución de obra e instalación de los dos referidos pantalanés, y la parte proporcional del canon de concesión.

El 11 de marzo de 1984, el MOPU autorizó a *Marina de Formentera S. A.* la construcción de las instalaciones deportivas solicitadas, pero la concesión administrativa se condicionaba a la reducción considerable de los puestos de atraque. Una vez obtenida la concesión administrativa, *Marina de Formentera S. A.* no modificó el proyecto inicial y renunció ante la Administración a la construcción de los pantalanés exteriores 1 y 3, a partir de los cuales habían de ser construidos los pantalanés A y B, que según lo acordado eran los destinados para el *Club Náutico de Formentera*. Como resultado de la reducción de los puestos de amarre que tenía proyectados, *Marina de Formentera S. A.* no cedió ninguno al *Club Náutico de Formentera*.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de personalidad en la actora, la entidad *Sociedad Marina de Formentera S. A.*, frente a la demanda formulada contra ella por el *Club Náutico de Formentera*, y desestima la demanda.

Apelada la sentencia por el *Club Náutico de Formentera*, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto y revoca la sentencia de instancia condenando a *Marina de Formentera, S. A.*, a satisfacer a la actora la suma que se fije en trámite de ejecución de sentencia.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, *Marina de Formentera* interpone recurso de casación.

**NOTA.**—Se reitera nuevamente por la Sala 1.ª del TS (SSTS de 25 de enero de 1965, 3 de mayo de 1966, 7 de julio, 3 de noviembre de 1973, 29 de mayo y 20 de diciembre de 1978, 16 de mayo de 1979, 18 de abril de 1980 y 10 de octubre de 1990, entre otras) la doctrina legal interpretadora del artículo 1101 CC, que exige que para que de un incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor los siguientes requisitos: una obligación constituida, el incumplimiento por el obligado y la consiguiente causación efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa-efecto. En el presente caso, el daño se produjo por no haber construido los dos pantalanés donde iban a situarse los puestos de amarre y atraque que

debían ser cedidos al Club recurrido, y esta falta de construcción se produjo por el incumplimiento de *Marina de Formentera, S. A.*, al no modificar el proyecto original como se había comprometido en el convenio de 13 de septiembre de 1979, ya que consistía la principal obligación de esta sociedad frente al Club (FD 3.º).

En materia de interpretación contractual, la jurisprudencia del TS ha sido reiterada en el sentido que la meridiana claridad no puede ser objeto de otra interpretación que la resultante de sus propios términos gramaticales, a lo que se viene obligado, tanto por las partes como para el juzgador, por imperio del artículo 1281.1.º CC (SSTS de 13 de diciembre de 1985 y de 18 de febrero de 1998, entre otras).

«El párrafo primero del artículo 1281 CC acoge un fragmento de Paulo, en el *Digesto* (libro XXXII, título único, 1: “Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”), conforme al cual no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad. Para hacer prevalecer la verdadera voluntad de los contratantes separándose de sus palabras, deberá atenderse a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato, que demuestren ser otra que la expresada su verdadera voluntad.» (STS de 7 de julio de 1986).

En la sentencia anotada las cláusulas del contrato eran claras, por lo que prevaleció la interpretación literal. Sólo en el caso de que no fuera posible atenderse al sentido estrictamente literal de las cláusulas del contrato por falta de claridad, es obligado indagar la intención de los contratantes. Los artículos 1284, 1285, 1286 y 1288 CC son expresivos, dentro de una interpretación objetiva, del llamado «canon de la totalidad» que debe presidir la hermenéutica contractual (SSTS de 3 de febrero y 2 de marzo de 1998). (*M. C. L. J.*)

**15. Acción de nulidad por simulación.**—«La nulidad absoluta o inexistencia del contrato se declara por faltar uno de los requisitos esenciales del artículo 1261 CC (STS de 7 de julio de 1992)». «La acción de simulación absoluta supone que el acto o negocio atacado es nulo por falta de causa. Al no ser válida la enajenación, el bien objeto de la misma no salió del patrimonio del deudor (STS de 31 de octubre de 2002)».

**Acción revocatoria.**—«La doctrina tradicional ha venido manteniendo la necesidad de probar la intención fraudulenta del actor, consistente en perseguir el perjuicio de los intereses del acreedor, en conjunción con la mala fe del tercero como cooperación activa en la consecución del fraude (STS de 17 de marzo de 1972). Requiere como requisitos esenciales: 1) existencia de un crédito a favor de una persona y en contra de otros; 2) celebración por parte del deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al deudor; 3) realidad del perjuicio y carencia de recurso legal para obtener su reparación; 4) que las cosas no se hallen legalmente en poder de terceras personas sin mala fe (SSTS de 13 de mayo de 1974 y 11 de noviembre de 1990)». «En la enajenación fraudulenta el acto o negocio es válido y, por consiguiente, el bien objeto de la enajenación salió del patrimonio del enajenante, aunque, mediante la acción revocatoria, se trate de reintegrarlo al mismo rescindiendo la operación. La finalidad, o mejor, los resultados finales de la simulación y de la enajenación fraudulenta son similares, pero son actuaciones notoriamente distintas (STS de 31 de octubre de 2002)».

**Consilium fraudis.**—«El fraude es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida (arts. 1111.1, 1291.3 y 1297 CC). Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia, consistente en que basta el resultado producido y que este fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*) (SSTS de 25 de enero de 1995, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 25 de enero de 2000, 20 de febrero y 11 de octubre de 2001, 15 de marzo y 17 de octubre de 2002)».

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no es unánime. En este sentido, la STS de 19 de octubre de 1999, y con ella las SSTS de 13 de febrero y 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1994 relativas a la apreciación del *consilium fraudis* del acreedor beneficiario, como requisito para la viabilidad de la acción rescisoria de los artículos 1111 y 1291.3 CC establecen: «Hay que atender que al exigir el juzgador de instancia para apreciar la concurrencia del *consilium fraudis* la existencia de una maquinación fraudulenta, por la que el deudor en concierto con el acreedor haya pretendido perjudicar a los demás acreedores, exigiéndose para dar lugar a la acción pauliana la existencia de una especie de confabulación, lo cual implica seguir un criterio tradicional, con desprecio de la moderna jurisprudencia para la que basta con el consentimiento y aquiescencia del perjuicio ocasionado a otros acreedores para que la misma tenga éxito».

Expedita la vía para la postulación de la rescisión contractual, la prosperabilidad de esta acción requiere a su vez, concurren pruebas de la existencia del fraude. En este sentido, «al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimarían al acreedor accionante, cual es que tienen bienes realizables que no se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que a aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer según las circunstancias del caso (STS de 11 de abril de 1996)». En cualquier caso, «el *consilium fraudis* necesario entre el deudor y tercero pueda probarse mediante presunciones (STS de 16 de junio de 1994)».

**Prueba de la insolvencia del deudor.**—«... las directrices jurisprudenciales, al analizar el carácter perjudicial y fraudulento del acto (*eventum damni* y *consilium fraudis* o malicia, según la denominación tradicional), no imponen una previa persecución del deudor para acreditar su insolvencia, sino que prácticamente bastará con hacer hincapié en la falta de bienes racionalmente basada, siempre que en el litigio no se demuestre la inexactitud de tal elemento negativo por conocida existencia de otros distintos a los fraudulentamente enajenados (STS de 12 de junio de 1985)».

**Diferencia de la nulidad por simulación de insolvencia y la rescisión de una enajenación por fraude de acreedores.**—«La nulidad es perpetua e insanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción según resulta del artículo 1310 CC [...]. La

acción rescisoria se entiende como una forma de ineficacia de los contratos que obra por virtud de la ley y no por causa de la voluntad de las partes o resolución. Viene sometida al plazo de caducidad que establece el artículo 1299 CC, y en cuanto al cómputo de dicho plazo, ha de señalarse que como quiera que no existe referencia legal alguna para el supuesto que nos ocupa, el cómputo del mismo deberá realizarse atendidas las peculiaridades del caso concreto, armonizándose los intereses generales que exigirían hacerlo a partir de la celebración del acto, evitando la prolongación de la situación de interinidad creada y los propios de los interesados, que exige el conocimiento del daño y la posibilidad de actuar para remediarlo (STS de 4 de noviembre de 1993)». (STS de 31 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 31 de diciembre de 1992 los cónyuges F. R. B. y M. A. V. concertaron con el *Banco Central Hispano-Americano* una póliza de un préstamo mercantil por importe de cinco millones de pesetas y vencimiento el 30 de octubre de 1996. El 26 de febrero de 1993, los mismos cónyuges concertaron con el *Banco Español de Crédito* un préstamo de 2.750.000 pesetas con garantía hipotecaria sobre la vivienda sita en Abarán, plaza de la Zarzuela número 4, planta séptima, propiedad de M. A. V. El 6 de julio de 1993 el *Banco Central Hispano-Americano* comunicó por conducto telegráfico a M. A. V. haber procedido a dar por vencido el préstamo concedido el 31 de diciembre de 1992, al tiempo que la requería para que conforme a lo pactado hiciese efectiva la suma de 5.483.493 pesetas. El 25 de octubre de 1993, M. A. V. vende, mediante escritura pública, a su hija M. R. A. la vivienda antes referida por el precio de 3.550.000 pesetas. De las que 50.000 pesetas declara la vendedora haberlas recibido con anterioridad, en tanto las restantes 3.500.000 pesetas constituyen el importe del préstamo garantizado con hipoteca en el que se subroga la compradora. Por el *Banco Central Hispano-Americano* se entabla juicio ejecutivo contra el matrimonio, procediéndose a la anotación preventiva de embargo respecto de una finca rústica y sin que pudiera practicarse respecto de la otra finca por aparecer inscrita a nombre de M. R. A., por haberla comprado a su madre. La mencionada entidad bancaria solicita que se declare que el contrato de compraventa es simulado y, en consecuencia, que se declare su nulidad y alternativa y subsidiariamente que se declare rescindido dicho contrato por haberse celebrado en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la entidad bancaria, sentencia que fue revocada en apelación. El TS casa y anula, confirmando la primera instancia. (M. F. N. C.)

**16. Requisitos que exige la jurisprudencia para que pueda prosperar la acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana.**—La cuestión jurídica se centra en la acción pauliana, como acción rescisoria en fraude de acreedores, que contempla el artículo 1111 en relación con el 1291.3.º, CC. Es un medio de protección del crédito, cuyos requisitos han sido enumerados por doctrina y jurisprudencia en forma igual o parecida a los que se exponen en las sentencias de instancia y que se reducen a: perjuicio del acreedor, que queda sin posibilidad de percibir su crédito (*eventus damni*) y sin ser preciso la previa declaración de insolvencia, lo cual implica la subsidiariedad de la acción; y frau-

de al derecho de crédito de que es titular el acreedor (*consilium fraudis*) sin que sea preciso la intención de dañar (*animus nocendi*) sino que basta la conciencia del perjuicio (*ciencia fraudis*), aunque en los actos a título gratuito se presume (art. 1297 del CC).

**El reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca para garantizarla, cuando son anteriores en más de dos años a la declaración de quiebra, no son actos realizados en fraude de acreedores.**—Es preciso comprobar la concurrencia de los requisitos al caso presente. El primero, el perjuicio del acreedor, o más bien, en este caso, de los acreedores que integran la masa de la quiebra, que provocó la disminución del patrimonio del deudor, sin que quede posibilidad de ver satisfechos sus créditos. Estos serán satisfechos a través del procedimiento de quiebra, en la medida que alcance el patrimonio del deudor quebrado, alcance que vino determinado por el período de retroacción. Aquella escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca fue anterior a tal período y no procede que a través del ejercicio de esta acción rescisoria se amplíe o, en último término, se corrija la decisión del Juez de la quiebra. El segundo requisito, el fraude, no consta ni parece haberse producido: el deudor reconoce una deuda cierta, la garantiza con hipoteca y más de dos años después es declarado en quiebra; no se vislumbra una *sciencia fraudis*.

**No es un acto dispositivo gratuito la constitución de una hipoteca por una sociedad que pertenece al mismo grupo empresarial que la sociedad deudora.**—Tanto una como otra sociedad pertenecían al mismo grupo Pons y no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico —grupo—, tal como consta como hecho acreditado en la sentencia de instancia. (STS de 19 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El depositario y después la comisión liquidadora de una sociedad quebrada interpuso una acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores contra dicha sociedad y una sociedad acreedora de esta, que con más de dos años de antelación a la declaración de la quiebra habían realizado diversos actos, consistentes en reconocimiento de la deuda y constitución de una hipoteca para garantizar el pago del débito, hipoteca que recayó sobre una finca que era propiedad de otra sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial que la sociedad deudora posteriormente quebrada. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda, por no cumplirse los requisitos que se exigen para el triunfo de la acción pauliana. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

**17. Acción pauliana. Requisitos.**—«La doctrina tradicional ha venido manteniendo la necesidad de probar la intención fraudulenta del deudor, consistente en perseguir el perjuicio de los intereses del acreedor, en conjunción con la mala fe del tercero como cooperación activa en la consecución del fraude. Así, la STS de 17 de marzo de 1972 requiere como requisitos esenciales: 1) existencia de un crédito a favor de una persona y en contra de otros; 2) celebración por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al tercero; 3) realidad del perjuicio y carencia del recurso legal para obtener su reparación, y 4) que las cosas no se

hallen legalmente en poder de terceras personas sin mala fe, sentencia a la que cabe asimilar la STS 13 de mayo de 1974. Es preciso establecer si el derecho de los acreedores ha nacido o no, si es anterior o posterior al negocio jurídico celebrado y si su exigencia es viable, manifestándose las SSTS de 14 de junio de 1958 y 13 de mayo de 1974, la anterioridad del crédito al respecto del negocio celebrado, como elemento necesario para la aplicación rescisoria por fraude de acreedores». De ser así, se debería colegir que no cabe impugnar los actos que, a pesar de obedecer al propósito de defraudar, hubieran sido realizados por el deudor con anterioridad a la constitución del derecho de crédito. En este tipo de supuestos el TS no excluye el ejercicio de la acción revocatoria por el hecho de que el acto fraudulento se hubiera llevado a cabo con anterioridad a la constitución del crédito. En este sentido se pronuncian las SSTS de 14 de junio de 1958, 28 de marzo y 24 de noviembre de 1988 que admiten la existencia del crédito por relaciones comerciales anteriores no concluidas. En el mismo sentido, respecto a los requisitos exigidos, entre otras, SSTS de 28 de enero de 1966, 29 de mayo de 1985, 28 de marzo de 1988, 9 de junio de 1990, 14 de diciembre de 1993, 28 de junio y 5 de diciembre de 1994 y 24 de diciembre de 1996.

**Prueba del fraude.**—Es doctrina reiterada que el fraude se presenta siempre como una cuestión de hecho que tiene que ser dilucidada por el acreedor, al que corresponde la carga de la prueba, debiendo justificar la utilización subsidiaria de la acción. Las dificultades que en la práctica pudiera representar la prueba del fraude han sido atenuadas por la jurisprudencia. Se considera que existe fraude cuando media una actividad intencionada y directamente dolosa de perjudicar a los acreedores. También se estima que concurre fraude cuando media la simple «conciencia de causar un perjuicio (SSTS de 30 de mayo de 1985, 6 de abril de 1992 y 14 de diciembre de 1993)». La conciencia de perjuicio es presumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de ciertos hechos probados que concurren en el supuesto a enjuiciar, tal y como el hecho de que el valor real del inmueble sea muy superior al que figura en el contrato o la relación de parentesco habida entre comprador y vendedor.

**Carácter subsidiario de la acción.**—A tenor de la STS de 31 de diciembre de 1998, «la nota más característica de la acción conocida como pauliana es su subsidiariedad, entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que no tiene por qué ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto este al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a configurar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como conciencia en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento legal o fingido causa al acreedor e interpretado por la STS de 6 de abril de 1992 como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasiobjetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación». (STS de 28 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito, S. A.*, interpone demanda contra J. M. R. M., E. M. A. y J. R. M., solicitando se declare la ineficacia jurídica de la donación realizada por los dos primeros demandados a favor del tercero de ellos, por ser los donantes deudores de la entidad actora y hallarse en situación de insolvencia para hacer frente al pago de sus obligaciones, y que, en consecuencia, se restableciese el pleno dominio de los mismos sobre el inmueble objeto de donación. Fue parte en el proceso el Ministerio Fiscal. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda y condenó a los demandados al pago de las costas causadas. Recurrida esta resolución por la parte demandada, fue revocada la misma por la Audiencia Provincial de Sevilla, que absolvió a los demandados en la demanda y condenó al Banco al pago de las costas de la primera instancia. El demandante interpone recurso de casación. El TS no ha lugar al recurso, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia.

NOTA.—No existe fraude cuando el negocio traslativo celebrado entre las partes obedece a la intención de los donantes de dotar, por ejemplo, a un hijo de mayor seguridad, suficiente para poder atender a su hermano menor, enfermo de un profundo autismo. (M. F. N. C.)

**18. La declaración de caducidad de la acción indemnizatoria derivada de la acción rescisoria es consecuencia de la declaración de caducidad de esta acción.**—Si la sentencia declara la caducidad de la acción rescisoria y además niega la existencia de fraude y mala fe en las adjudicaciones que se pretendían rescindir, es de toda evidencia y absolutamente obvio que la desestimación de la pretensión básica comporta implícitamente (SSTS de 7 febrero de 1962, 3 de febrero y 5 de julio de 1989 y 11 de mayo de 1990) la de la indemnizatoria, lo que no requería argumentación específica alguna, ni cabe considerar incongruente por omisión la sentencia impugnada que absolvió íntegramente de la demanda resolviendo la cuestión controvertida (SSTS de 10 de abril de 1973, 21 de noviembre de 1989 y 25 de julio de 2002), y, por lo demás, satisfizo la tutela judicial con suficiente motivación en lo que era exigible y no incurrió en defecto formal alguno.

**La fecha a partir de la cual se cuenta el plazo para interponer la acción rescisoria es la adjudicación de las viviendas a los cooperativistas, que es el momento en que se produce la insolvencia de la cooperativa deudora.**—Ya el Juez de Primera Instancia, los fundamentos jurídicos de cuya sentencia fueron expresamente aceptados por la Audiencia, declaró probado que la insolvencia de la Cooperativa fue conocida por la actora en el año 1982 cuando, realizadas las adjudicaciones, incluso se entregaron a los cooperativistas las llaves de las viviendas; por todo ello, ha de concluirse que la acción rescisoria pudo ejercitarse a partir de la indicada fecha (SSTS de 29 de octubre de 1990 y 17 de julio de 2000) ni siendo necesario esperar a que se produjera un embargo infructuoso ni tampoco a la inscripción de las transmisiones en el Registro de la Propiedad.

**La acción de indemnización regulada en el artículo 1298 CC deriva de la acción rescisoria y caduca al mismo tiempo que esta.**—La pretensión indemnizatoria no podía evidentemente prosperar al haberse desestimado la acción rescisoria, dada la conexión entre los artículos 1298 y 1291.3.º CC, por lo que no puede formularse con carácter autónomo ni subsidiario para el caso

de rechazo de aquella, ni de hecho lo fue así en la demanda. (STS de 1 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante instó una acción rescisoria por fraude de acreedores contra una sociedad cooperativa y numerosos socios cooperativistas, pero el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que la acción había caducado, por haber transcurrido más de cuatro años desde que se produjeron los actos de adjudicación de las viviendas a los cooperativistas. (M. C. B.)

**19. Tercería de dominio: rescisión por fraude de acreedores.**—No es posible obstaculizar la tercería de dominio por la presunta rescindibilidad del título por fraude de acreedores. El TS declara que no procede alegar en el procedimiento de tercería de dominio la cualidad de rescindible del título del tercerista, puesto que en este procedimiento no están presentes todos los otorgantes de dicho título, no siendo parte en el mismo. Por este motivo, el título rescindible es válido y eficaz jurídicamente hasta que no se rescinda judicialmente (en este sentido, la STS de 27 de abril de 1998). La finalidad de la tercería de dominio no es, en ningún caso, determinar la titularidad del bien, debiéndose determinar esta en el juicio declarativo correspondiente (STS de 31 de mayo de 1993). (STS de 2 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don E. C. S. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don M. G. T. y doña A. D. S. P., sobre tercería de dominio.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial emite un fallo desestimatorio de la demanda de tercería de dominio por la posibilidad de rescisión del título del tercerista que se ha otorgado en fraude de acreedores. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia dictada en grado de apelación y confirmando la sentencia de instancia. (S. E. M.)

**20. Tercería de mejor derecho: artículo 1924.3.º CC. Preferencia del apartado a) sobre el b).**—De los dos órdenes preferenciales que establece el artículo 1924.3.º CC ostenta mejor clase o jerarquía el del apartado a) frente al b), puesto que la que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las fechas de las sentencias de remate recaídas en los ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, ya que constando la certeza del crédito en dichos títulos —no desvirtuados por la sentencia judicial—, habrá que atender a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial (SSTS de 9 de julio de 1990, 29 de octubre de 1991 y 29 de abril de 2002) (STS de 6 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil MJ, S. A., entabló demanda ejecutiva contra don J. A. A., basándose en el impago de tres pagarés y cuatro cheques. Con fecha 30 de julio de 1994, recayó senten-

cia de remate, contra la que se interpuso recurso de apelación, adquiriendo firmeza la antedicha sentencia el día 21 de noviembre de 1994. De igual forma, la entidad bancaria *BEC* instó contra el mismo ejecutado, señor A., juicio ejecutivo con base en una póliza de crédito concertada con intervención de Corredor de Comercio. Con fecha 15 de diciembre de 1994, recayó sentencia de remate, que no fue recurrida. Posteriormente, la entidad bancaria entabla tercería de mejor derecho en juicio ejecutivo solicitando su preferencia de cobro frente a los créditos del otro ejecutante, la entidad mercantil *MJ, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia Provincial desestima la demanda, al entender que la preferencia de créditos ha de resolverse en base a las fechas de las sentencias. El TS estima el recurso de casación interpuesto dejando sin efectos la sentencia de la Audiencia y confirmado la sentencia de primera instancia. (*C. O. M.*)

**21. Contenido y aplicación del artículo 1218 CC.**—Este precepto contiene determinadas reglas de prueba, cuyo valor ha de aceptarse por el juez civil competente. El legislador predetermina *a priori* dicho valor. El órgano jurisdiccional asume la diferencia entre el valor de la prueba aun contra terceros, y el valor de esta contra los contratantes y sus causahabientes (FD 2.º).

**Mejor derecho para el cobro de un crédito. Aplicación del artículo 1924.3.º CC.**—La cuestión se centra en establecer la preferencia o no de un crédito que consta en escritura y ha ido a ejecución, frente a otros acreedores que han embargado un mismo bien del deudor, determinándolo exclusivamente por la fecha de las sentencias firmes, o por la antigüedad de los títulos, escrituras o sentencias indistintamente. Se refleja por la doctrina la preferencia a que prevalezca la escritura si es más antigua. Con ello se evita el perjuicio que puede producirse al acreedor que ha escriturado su crédito y que debe esperar la sentencia firme, cuando el deudor que se oponga al proceso demore de forma consciente, y beneficie al otro acreedor. Por ello, «es más justo estimar que el acreedor escriturario puede interponer la tercería alegando su preferencia como tal, aunque esté inmerso en un proceso de ejecución contra el deudor» (FD 4.º). El artículo 1924 CC alude a los créditos sin privilegio especial, y la referencia a escritura o sentencia se realiza como documentos con certeza. Al mencionar a «estos créditos», sin distinción de escritura o sentencia, manifiesta que la preferencia se establece según el orden de antigüedad de sus fechas (STS de 10 de enero de 1991.)

**Liquidez de la deuda. Cálculo de intereses.**—En los supuestos de contratos de préstamos en que la cantidad se entrega en el momento de la suscripción, se ha de tener en cuenta la fecha de la escritura o póliza a efectos de la preferencia. La jurisprudencia admite la plena liquidez de los créditos consistentes en intereses, de igual forma que la legislación en el artículo 921 LEC. Se debe considerar como líquida la deuda cuando su cálculo se determina mediante operaciones matemáticas. (STS de 4 de julio de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—El Banco C. concedió un préstamo de cantidad cierta a los codemandados rebeldes, documentado en escritura pública de fecha 27 de agosto de 1991, en la que se constituyó hipoteca respecto de determinados bienes inmuebles de los prestatarios. En la escritura pública, al margen de la protección hipotecaria, se pactó responsabilidad personal y universal de los prestatarios respecto de

las cantidades que superasen los límites establecidos para la garantía real. Con fecha 4 de julio de 1993, el Banco dio por vencido el préstamo, requirió a los deudores para el pago, e instó el procedimiento del artículo 131 LH, obteniendo el principal e intereses reclamados al vencimiento del préstamo. El Banco reclamó ante el Juzgado la liquidación de los intereses posteriores, devengados desde la fecha en que venció el préstamo anticipadamente hasta que se produjo el pago en el procedimiento judicial, siendo aprobada esta liquidación por el Juzgado mediante Auto de 27 de febrero de 1995. Cuando el Juzgado se interesó por el pago de la cantidad, denegó la pretensión por considerarlos intereses moratorios carentes de protección hipotecaria, por no haberse pactado expresamente en la escritura, sin perjuicio de su reclamación por otro cauce. Por otro lado, el Banco H. interpuso demanda de juicio declarativo contra los codemandados, dictándose sentencia condenatoria del pago del importe, de fecha 2 de marzo de 1992.

Se interpuso demanda en primera instancia por el Banco C. contra el Banco H. y los codemandados rebeldes, sobre tercería de mejor derecho, para cobrar su crédito con prioridad al Banco H. Se desestimó la demanda, recurriéndose en apelación. La Audiencia, confrontando la sentencia que reconocía el crédito del Banco H. con el auto judicial de aprobación de intereses del Banco C., confirmó la de primera instancia. Se recurre en casación con base en la infracción de los artículos 1218 y 1924.3.º CC.

NOTA.—La sentencia anotada continúa la línea jurisprudencial defendida en abundantes ocasiones (SSTS de 14 de junio de 1988 o de 9 de julio de 1990). Valpuesta Fernández (*Enciclopedia Jurídica Básica*, voz «Privilegio», vol. III, edit. Civitas, p. 5128) defiende la idea de que, en este artículo 1924.3.º CC tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas, indiferentemente de que concurren una u otra clase de manera exclusiva. Si un crédito recogido en escritura pública se encuentra sometido a un procedimiento judicial posterior para lograr su efectividad, considerándose cierto, «concurrirá en la preferencia por la fecha del otorgamiento de la escritura y no por la fecha de la sentencia». (P. S. S.)

**22. Título apto para la preferencia de crédito del artículo 1924.3.º CC.** La equiparación entre letras de cambio, cheques y pagarés a las escrituras públicas en el artículo 1429 LEC de 1881 para determinar los títulos que llevan aparejado la ejecución, no conlleva necesariamente que tales documentos mercantiles se tengan por comprendidos en el artículo 1924 CC. Bajo la denominación de escritura pública se ha de entender estrictamente los títulos auténticos y el carácter fehaciente de su fecha, siendo oponibles a terceros, por la declaración de un Juzgado o la intervención de un fedatario público. Se conduce a exceptuar de la aplicación del principio *par conditio creditorum* de los procedimientos concursales. (STS de 30 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—En anterior juicio ejecutivo promovido por la Sociedad Agraria de Transformación *Los Olivos* se habían embargado determinados bienes al señor S. Z. Ante ello, la sociedad

*AGRITO, S. A.*, interpuso tercería de mejor derecho, invocando que su crédito contra dicho ejecutado derivaba de sentencia dictada en juicio ejecutivo de 27 de enero de 1992, siendo la resolución recaída instada por *Los Olivos* de 17 de febrero. El título aportado por las demandas en ambos casos estaba constituido por pagarés insatisfechos por el firmante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo por crédito litigioso el que es preciso determinar en cuanto a su existencia, cuantía o exigibilidad, pero no el que simplemente exija la incoación de juicio ejecutivo en caso de incumplimiento. Recurrida la sentencia, fue confirmada por la Audiencia Provincial. Fue presentado el recurso de casación ante el TS, que lo estima.

NOTA.—Es de destacar que la doctrina jurisprudencial ha entendido, dentro del concepto de escritura pública, los documentos intervenidos por Corredor de Comercio o Agente de Cambio y Bolsa, las letras de cambio intervenidas por estos, y los documentos privados reconocidos judicialmente (SSTS de 19 de noviembre de 1988 y 9 de julio de 1990.) (P. S. S.)

**23. Novación extintiva. Requisitos.**—Tiene declarado el TS en numerosas sentencias que la novación propia opera extintivamente, tomando en consideración que la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca, llevando a la apreciación de la existencia de novación cuando se produce un contrato posterior entre vendedores y compradores. Además, es constante el criterio jurisprudencial que establece que se estima la existencia de novación extintiva cuando así resulta de los hechos realizados por las partes, sobre todo en el caso de incompatibilidad, que es evidente cuando se aumenta o disminuye el precio que antes se había estipulado (SSTS de 30 de enero de 1980, 14 de enero de 1907 y 1 de marzo de 1927).

**Interpretación de los contratos. Supremacía de la interpretación literal sobre otros medios, cuando la voluntad de los contratantes aparece claramente manifestada y no deja lugar a dudas. Principio *in claribus non fit interpretatio.***—La interpretación literal claramente constatada excluye averiguar la supuestamente encubierta, por lo que el artículo 1282 CC sólo puede entrar en juego como norma supletoria en relación con el artículo 1281, párrafo segundo CC, para juzgar la intención de los contratantes, no cuando esta es evidente, como ocurre en este caso, por su literal expresión; y si el texto o documento resulta claro, el intérprete o el Juez deben abstenerse de más indagaciones, pues lo que está claro no necesita interpretación (SSTS de 22 de junio de 1984, 3 de mayo de 1985 y 26 de noviembre de 1987).

**Venta de vivienda de protección oficial. Validez del pacto de un precio superior al oficialmente permitido por la legislación reguladora de esta clase de viviendas.**—Si bien es cierta la doctrina jurisprudencial que enseña que cuando las partes fijan libremente el precio superior al oficial de las viviendas de protección oficial y a ese precio dan su consentimiento, no cabe aplicar la nulidad del artículo 6.3 CC, puesto que la legislación de viviendas de protección oficial establece, en tales casos, determinadas sanciones administrativas y pérdida de beneficios, ni cabe sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades (SSTS de 3 de septiembre de 1992, 16 de diciembre de 1993 y 4 de mayo de 1994); tal doctrina no es aplicable al caso de autos, en el que las

partes, concedoras de aquel sobreprecio, modifican o novan el mismo, pues en tal supuesto el acuerdo de voluntades que ha de ser tenido en cuenta es el modificador o novador, y no el modificado o novado.

**HECHOS.**—La actora, *PMB, S. A.*, mediante documento privado había vendido a los demandados diversas viviendas de protección oficial, a razón de un determinado precio y en concretas condiciones. Dichos contratos fueron sustituidos por otros con la finalidad de adaptarse a la legislación administrativa que rige este tipo de operaciones. A tal fin, en los nuevos contratos se establecieron unos precios inferiores a los inicialmente acordados y asimismo se modificó el objeto vendido en diversos extremos relativos a las zonas comunes. La actora entendía que estos segundos contratos encubrían una simulación relativa, de suerte que los verdaderos y válidos eran los primeramente suscritos y demandó a los compradores, solicitando el abono de las cantidades que entendía pendientes de recibir, así como al otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas y liquidación de los impuestos. Los demandados reconvinieron alegando la existencia de una novación con alcance extintivo y, en consecuencia, solicitaron la devolución de las cantidades entregadas de más y el otorgamiento de las mencionadas escrituras públicas. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid no dio lugar a la demanda principal y acogió por completo la reconventional formulada por los demandados. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El TS desestimó el recurso de la parte actora y no dio lugar a la casación. (*I. D. L.*)

**24. Vicios ocultos e incumplimiento. Distinción.**—Deben distinguirse los supuestos de incumplimiento por prestación diversa de los vicios ocultos. El incumplimiento pleno tiene lugar cuando se da inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador. Los demás desperfectos encajan en la calificación de los artículos 1484 ss. CC.

**Valoración probatoria del Tribunal de Instancia y recurso de casación.**—Los recurrentes en casación tienen vedado realizar una crítica de la valoración probatoria llevada a cabo en la sentencia impugnada, tendente a demostrar que las pruebas practicadas son insuficientes para acreditar determinadas hechos, así como sustituir la valoración de la prueba por su propia apreciación.

**Prueba de presunciones. Utilización por el juzgador.**—Esta clase de prueba es facultativa para el juzgador.

**Rectificación del Registro: artículo 40 LH.**—Dicho precepto sólo es aplicable en los procedimientos de rectificación del Registro de la Propiedad.

**Litisconsorcio pasivo necesario y resolución de un contrato de compraventa.**—En este tipo de procedimientos sólo es necesario demandar a quienes otorgaron el contrato y no a los que no han tenido personal intervención en él ni se ha estipulado nada en su favor. Si la resolución afecta a terceros con carácter reflejo por una simple conexión, no se justifica la constitución en ellos de un litisconsorcio pasivo necesario. Y así, el Banco a cuyo favor se constituye la hipoteca en garantía del préstamo otorgado a los compradores de una vivienda, objeto del contrato de compraventa del que se pide la resolución, no ostenta la vinculación subjetiva con el derecho deducido en juicio

que da lugar a tener que demandar a todos los que integren la relación jurídica material. (STS de 1 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los compradores de una vivienda interponen demanda contra los vendedores solicitando la resolución del contrato de compraventa por estar afectada la vivienda de aluminosis.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, declarando resuelto el contrato y condenando a los demandados a la restitución del importe percibido y de los gastos pagados por estos por la compraventa. Desestima la demanda, sin embargo, en relación con la solicitud de condena al pago de los gastos por la constitución de hipoteca a favor de *BANKINTER* constituida por los compradores.

La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, confirmando la sentencia de primera instancia en su integridad.

Los demandados interponen recurso de casación. (*B. F. G.*)

**25. El comprador no está obligado a pagar el precio hasta que el vendedor cumpla su obligación de entrega de la cosa en las condiciones pactadas en el contrato.**—Si el Juez de Primera Instancia declara que la actora ha incumplido el contrato al entregar cosa diferente a la pactada, reconoce que *Zufrisa* no está obligada al pago del precio y ello se deriva del propio carácter sinalagmático del contrato y otro tanto ocurre respecto a la sentencia de apelación, que es la impugnada en este recurso de casación, tanto por la confirmación íntegra del fallo de primer grado. El pago del precio nace del cumplimiento del contrato por la ahora recurrente y que no ha sido efectivo hasta el momento, porque ni el vendedor entregó lo pactado en el contrato, sino cosa distinta, ni el comprador se dio por satisfecho.

**Doctrina jurisprudencial sobre la inhabilidad del objeto de la compraventa.**—Ya la doctrina de esta Sala tiene declarado que el cumplimiento «gravemente defectuoso» apareja incumplimiento —SS de 26 de octubre de 1981, 5 de junio y 29 de noviembre de 1985, 17 de septiembre de 1987, 1 y 22 de julio de 1995, 8 de febrero y 1 de abril de 1996—. Así se repite por la S de 17 de febrero de 1994 cuando se da inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, se produce incumplimiento pleno, mientras los demás defectos encajan en la calificación más benigna. La de 23 de enero de 1998 repite que cuando se entrega cosa distinta a la pactada es imposible el cumplimiento por inhabilidad del objeto, porque no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, pues basta frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte —SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985—. Determina la resolución la entrega de cosa inservible, con independencia de que la compraventa sea civil o mercantil —SS de 29 de febrero de 1988, 24 de mayo y 30 de septiembre de 1989, 29 de abril y 10 de noviembre de 1994 y 1 de diciembre de 1997—. La evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada, desencadena la resolución, como adocina la S de 28 de febrero de 1986 y repiten las de 8 de febrero y 29 de mayo de 1996. En definitiva, la inhabilidad del objeto, como recoge la S de 26 de febrero de 1996.

**Concepto de inhabilidad del objeto.**—La inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó

su adquisición, sin que sea suficiente una insatisfacción puramente subjetiva del comprador, como señalaron las recientes SS de 16 de noviembre de 2000 y 20 de abril de 2001.

**Inexistencia de enriquecimiento sin causa.**—Existe causa de que *Zufriosa, S. A.* retenga lo recibido y falta por ello el doloso comportamiento. La recurrente ha entregado maquinaria con una capacidad de evaporación de un 20,5 por 100 inferior y con un consumo superior en 35,84 por 100 a lo pactado. No resulta por ello aplicable al supuesto enjuiciado la doctrina del enriquecimiento torticero o sin causa que presenta como requisitos: *a)* Un aumento patrimonial; *b)* un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado, y *c)* Inexistencia de una justa causa, o, lo que es lo mismo, aquella situación jurídica que autorice al dueño de un bien a recibirle, bien porque existe una expresa disposición legal en este sentido, o porque se ha dado un negocio válido y eficaz —SS de 23 de febrero de 1992, 30 de septiembre de 1993, 31 de octubre de 1994, 19 de diciembre de 1996 y 29 de mayo de 2002, entre otras—. (STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La vendedora de una maquinaria reclamó el precio a la compradora. La demandada pidió la absolución y reconvino solicitando que la vendedora cumpliera el contrato y realizara las reparaciones o sustituciones necesarias para que la maquinaria fuera conforme a lo contratado; también pidió que se le condenara a indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial y el TS rechazaron los recursos formulados por la demandante. (*M. C. B.*)

**26. Compraventa de vivienda. Entrega de la cosa. Incumplimiento del vendedor en caso de que con la vivienda no entregue todas las autorizaciones administrativas exigidas por la ley.**—La vivienda fue vendida sin estar legalizada debidamente, con lo cual vino a incurrir el vendedor que recurre en grave incumplimiento, pues no basta con la entrega material que tuvo lugar, sino que es preciso, al tratarse de vivienda, que la misma esté provista de las autorizaciones administrativas que la legislación exige y deben aportar los vendedores, sobre todo cuando se trata de nuevas construcciones, para evitar la inseguridad de sus adquirentes ante una posible actuación administrativa sancionadora a fin de restablecer la legalidad infringida, con la posibilidad incluso de demolición, es decir privación del bien, lo que representa intensa frustración del contrato.

**Entrega de la vivienda objeto de compraventa. Necesidad de hacer constar en el título transmisivo que la vivienda enajenada se encuentra fuera de ordenación.**—El artículo 62 de la Ley del Suelo de 1976 establece que, cuando se enajenasen edificios fuera de ordenación, deberá hacerse constar estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación, lo que para nada se cumplió en la compraventa de autos. Nos hallamos ante un grave e inicial incumplimiento contractual del vendedor-recurrente, pues debe tenerse en cuenta que el objeto del contrato ha sido una vivienda destinada a domicilio familiar y ello hace más exigentes las prestaciones contractuales de los vendedores y ha de tenerse en cuenta y no dejar de lado la importancia de

las necesidades individuales, familiares y sociales que estos bienes están llamados a satisfacer.

**Resolución contractual por incumplimiento. El ejercicio de la facultad resolutoria exige que quien la lleve a cabo no haya incumplido las obligaciones que contractualmente le incumbían.**—El vendedor fue incumplidor inicial, ya que al tiempo de la venta la vivienda enajenada había sido construida en suelo urbanizable no programado, con infracción de la normativa urbanística, pues carecía de licencia municipal de obras, siendo necesario su obtención para todos los actos de uso del suelo y de edificación. Y, en este sentido, la jurisprudencia de esta Sala resulta coincidente al declarar que se exige a quien pretenda resolver que no haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían y con mayor incidencia si se trata de esenciales, que son las concurrentes en el caso de autos. (STS de 31 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor había vendido por documento privado una vivienda a los demandados, con precio aplazado. Las primeras cantidades fueron pagándose, pero surgieron problemas debido a que la vivienda en cuestión se había construido sin licencia y en suelo no urbano. El actor intentó dar por resuelto el contrato pero los demandados siguieron ofreciendo los distintos pagos a su vencimiento, que eran rechazados de continuo por el vendedor. El actor demandó la resolución por incumplimiento por falta de pago, con solicitud de devolución de la cosa vendida. Los demandados se opusieron y reconvinieron pidiendo la legalización urbanística de la vivienda y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El Juzgado de Primera Instancia de Cartagena estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de compraventa. La Audiencia Provincial de Murcia estimó en parte el recurso de apelación y, desestimando la demanda principal, estimó parcialmente la reconvención, obligando al actor a otorgar escritura pública y a facilitar a los compradores la licencia y autorización administrativa de legalización de la vivienda; compeliendo a los adquirentes a abonar la parte del precio aún adeudado. El TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (I. D. L.)

**27. Compraventa. Resolución del contrato por falta de pago del precio aplazado. No cabe si, al tiempo de exigirse la resolución, todavía no existían las circunstancias pactadas para determinarlo.**—No ha habido incumplimiento del comprador porque las circunstancias por las que el precio podía ser determinado en el momento del requerimiento resolutorio no se habían producido y, por consiguiente, la entidad compradora no podía hacer efectivo el pago del precio. Además, ante la falta de determinación de los metros cuadrados útiles, está la negativa de los demandantes a percibir cualquier otra cantidad que no sea la resultante de aplicar el precio por metro cuadrado al total de la superficie de la parcela, sin efectuar ningún tipo de descuento en ella. Hechos estos que implican que la falta de pago del precio no se puede atribuir a la voluntad del comprador, sino que tienen su causa, razón o justificación, y, por lo tanto, no se puede apreciar voluntad incumplidora.

**Resolución del contrato de compraventa. Si no hay voluntad incumplidora no se puede apreciar rebeldía del comprador a pagar el precio aplazado.**—Excluida la necesidad de un incumplimiento doloso (a lo que parecía apuntar la ya superada frase de «conducta deliberadamente rebelde»), lo cierto es que para que pueda decretarse, conforme al artículo 1504 CC, la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio por el comprador, se requiere que, por parte del mismo, exista un incumplimiento inequívoco, objetivo, pertinaz y sin causa alguna que lo justifique. No tiene sentido que, admitido por la sentencia de apelación que no existe voluntad incumplidora por parte de la compradora, a párrafo seguido se diga que esa voluntad que no existe es una voluntad rebelde. (STS de 25 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los vendedores, señores S. C. y P. R., demandaron la resolución del contrato de compraventa de un solar que habían suscrito con la compradora PMA, S. A., por falta de pago del precio aplazado, al entender que el transcurso de más de cinco años desde que debió pagarse lo adeudado, revelaba la voluntad deliberadamente rebelde de la compradora al cumplimiento de su obligación. La demandada oponía su falta de voluntad incumplidora, puesto que el precio definitivo no ha podido determinarse en todo ese tiempo, a razón de un tanto por metro cuadrado útil, según lo acordado en el contrato, ya que no se habían aprobado aún las normas urbanísticas que estableciese el número de metros exactos que adquiriría la compradora; así como que los vendedores se habían negado a aceptar cualquier cantidad que no fuese la correspondiente al total de la superficie. El Juzgado de Primera Instancia de Córdoba estimó la demanda y dio lugar a la resolución, estableciendo como indemnización la cantidad ya entregada a cuenta del precio. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y dejó sin efecto la indemnización, manteniendo la resolución del contrato. El TS acogió el recurso interpuesto por la demandada y dio lugar a la casación. (L. A. G. D.)

**28. Incongruencia en la decisión judicial.**—La indefensión procesal resulta de la conculcación de los principios de audiencia y defensa, impidiéndose la realización de alegaciones. No se produce incongruencia en la sentencia cuando no se otorga cuestiones distintas o más de las exigencias de los interesados.

La necesidad de absoluto respeto para los hechos es presupuesto básico, y el hecho de que el Tribunal cambie el punto de vista distinto de los interesados no conlleva incongruencia, y, por tanto, aplicación del artículo 359 LEC (SSTS de 9 de abril y 13 de diciembre de 1985, 10 de junio de 1988, 3 de marzo y 10 de junio de 1992 y 24 de junio y 19 de octubre de 1993). El principio *iura novit curia* conlleva no sólo la aplicación de las normas jurídicas, sino incluso la «modificación por parte del Juez civil del fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes» (SSTS de 7 de octubre de 1987, 27 de mayo y 16 de junio de 1993 y 18 de marzo de 1995). Se menciona la STC 369/93, de 13 de diciembre, que «obliga a los Tribunales a concordar sus decisiones a las cuestiones de hecho y de derecho, sin alterar la causa de pedir».

**Requerimiento para la resolución del contrato de compraventa.**—Los presupuestos para la aplicación del artículo 1504 CC se centran en la existencia de una compraventa de bienes inmuebles, y en la clase de incumplimiento de falta de pago del precio, siendo precisa la realización de requerimiento resolutorio (SSTS de 14 de febrero de 1991 y 8 de abril de 1992). La forma en que debe llevarse a cabo el requerimiento ha de ser judicial o notarial, «requerimiento en el sentido de declaración de voluntad unilateral y recepticia encaminada a la resolución del contrato por impago del precio» (STS de 20 de junio de 2000). Por tanto, el requerimiento presupone la voluntad del vendedor de resolver el contrato de compraventa por incumplimiento del comprador en el pago del precio.

El incumplimiento precisa que tenga carácter esencial, así como la falta reiterada del abono del precio. (STS de 2 de octubre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Tras la entrega de la vivienda, y diversas demandas de conciliación en las que se requiere, en primer lugar, el pago del precio, y, de no ser así, la resolución de la compraventa, ante el Juzgado de Primera Instancia, se presenta demanda sobre resolución de dicho contrato, solicitando la entrega de las llaves, así como la devolución a los compradores de las cantidades entregadas a cuenta. Ejercita la resolución con base en la no obtención del crédito oficial y la falta de pago del precio. Los demandados reconviene solicitando el otorgamiento de escritura pública de compraventa de los inmuebles, así como aceptar en el momento de la escrituración el importe en concepto de liquidación final del precio, por parte de cada comprador. La sentencia estima la demanda, declarando resueltos y terminados los contratos suscritos, debiendo entregar los demandados las respectivas llaves. Contra esta decisión se presenta recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la decisión de la Primera Instancia. Se presenta recurso de casación ante el TS, fundamentado en la infracción del artículo 1124, en relación con el artículo 1504, CC, al realizarse de manera defectuosa el requerimiento en demandas de conciliación, que contenían dos peticiones: el pago del precio y, de no pagarse, la resolución del contrato, con base en la cláusula 5.<sup>a</sup> del contrato, donde se reservaba a la parte vendedora la facultad de resolución, en el caso de no obtenerse la calificación de vivienda de protección oficial para el edificio, o no se obtuviesen los créditos. (P. S. S.)

**29. Contrato atípico de permuta de solar por cosa futura. Naturaleza jurídica y caracteres.**—Tal y como señala el TS, la llamada permuta de solar por cosa futura representa «... una modalidad contractual, cada vez de uso frecuente y progresivo, y que responde a las nuevas formas de conexión de intereses entre los particulares» (STS de 16 de septiembre de 1996, RJ 1996/8980), en la que aplicando lo dispuesto en el artículo 1446 CC, el contrato se califica como tal permuta de cosa futura, ya que el objeto es una cosa presente —el solar— que se obliga a entregar una parte a cambio de cierta cantidad de dinero y una participación del 45 por 100 de la edificación futura, siendo muy superior el valor de dicha participación con respecto a la suma de dinero pactada.

**Negocio sometido a condición. Denegación de la correspondiente licencia de obras. Carácter de la condición y efectos del advenimiento de la misma.**—La resolución del contrato de permuta no puede entenderse que se produzca ni por no advenimiento de la condición suspensiva ni por incumplimiento de las obligaciones dimanantes del mismo, como pretendía una de las partes, sino que la denegación de la licencia de construcción solicitada en relación con el proyecto elaborado por ambas partes no es imputable a ninguna de ellas. No se produce la extinción del contrato por no perfeccionamiento del mismo, sino que «... el contrato se perfeccionó en el día de su fecha, en que incluso se pagó una cantidad de dinero ...». La condición estipulada por las partes (denegación o retraso de la licencia de obras) tiene naturaleza jurídica de condición resolutoria, y conforme a lo cual, produciéndose dicha denegación, «... se resuelve el contrato y las obligaciones derivadas del mismo y las partes deben restituirse aquello que hubiesen percibido, como dice el artículo 1123 CC volviendo al *statu quo* anterior» (FD 1.º, STS de 19 de julio de 2002).

**Indemnización por lucro cesante o beneficios industriales.**—Puesto que la resolución del contrato se produce como consecuencia de la condición resolutoria pactada por las partes y no como consecuencia del incumplimiento de una de ellas, no entra en juego el artículo 1124 CC. No hubo, pues, incumplimiento de las obligaciones por parte de los permutantes. No teniendo lugar dicho incumplimiento, no puede considerarse que proceda una indemnización por lucro cesante, habida cuenta además de que la edificación se encontraba en situación de ruina y que la demolición de la misma tuvo lugar de común acuerdo, a sabiendas de la pendencia de la condición resolutoria. (STS de 19 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con fecha 15 de octubre de 1988, don J. N., doña D. N. y otros suscriben con don M., don V. y otros un contrato privado por el cual los primeros se obligan a transmitir la propiedad de un terreno en el que se encuentra edificado un hotel y un bloque de apartamentos en estado de ruina, a cambio de un 45 por 100 del total de la obra nueva que se prevé construir en el solar, previo derribo de la construcción existente, así como la entrega inmediata de treinta y seis millones de pesetas. En el citado contrato se establecía, entre otras cuestiones, que la memoria y el proyecto de la edificación se haría «... en colaboración, supervisión y consenso ...» entre ambas partes; también acordaron que en el caso de que se produjera «... la denegación expresa de la licencia de obra solicitada por los compradores ...» o bien «... un retraso en la obtención de la licencia superior a seis meses [...] cualquiera de las partes podrá optar por resolver este contrato». Posteriormente, con fecha 27 de septiembre de 1990, las partes pactan una modificación del citado contrato en virtud de la cual establecen el pago de la cantidad de quince millones de pesetas «... se haya obtenido o no la licencia de construcción y coincidiendo con la toma de posesión del solar, dicha cantidad será retornada a los compradores en el momento en que se realice la primera venta de local comercial ...». Finalmente, don M., don V. y demás demandados a los propietarios solicitando, entre otras cuestiones, que se declarase resuelto el contrato, y se condenara a la parte demandada al pago de la suma de treinta y seis millones de

pesetas. La parte demandada, tras contestar a la demandada, formuló demanda reconvenzional solicitando que se reconociera la validez y existencia del contrato de permuta suscrito, así como la resolución del mismo por incumplimiento de la parte demandante. Igualmente, se pedía que se condenara a dicha parte al pago de una indemnización para la reconstrucción del edificio, así como el pago del lucro cesante o beneficios industriales dejados de obtener como consecuencia del derribo del citado inmueble. El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la demanda reconvenzional, estimó parcialmente la demanda principal, declarando resuelto el contrato y condenando al abono de la cantidad de treinta y seis millones de pesetas. La parte demandada interpuso recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Por ambas partes se formularon sendos recursos de casación.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS, con cita de la jurisprudencia relativa a la figura atípica de permuta de solar por edificación futura (entre otras, SSTS de 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989, 10 de marzo, 7 de junio y 18 de diciembre de 1990, 7 de mayo, 30 de septiembre y 24 de noviembre de 1993), califica como tal permuta de solar por cosa futura el contrato en cuestión, al ser superior el valor del bien permutado que el importe de la cantidad entregada por la parte cesionaria. Al ser una condición resolutoria, no es que estemos ante un supuesto de inexigibilidad de las obligaciones derivadas del contrato, sino de restitución de lo que los interesados ya hubieren percibido (arts. 1113, párrafo 2.º, y 1126 CC). (R. D. O.)

**30. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Caracterización.**—«En el contrato de arrendamiento financiero 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 de *leasing*, como dice la STS de 28 de noviembre de 1997, es una institución de derecho comercial importada del área jurídica de Estados Unidos de América, 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 de la negociación y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (STS de 26 de junio de 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.<sup>a</sup>, en su apartado primero, de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario».

**Diferencias entre un contrato de arrendamiento financiero y un contrato de financiación a comprador (compraventa a plazos con desplazamiento del dominio a la mercantil).**—La STS de 28 de mayo de 1990 otorga relevancia para establecer tal distinción a la insignificancia o simbolismo del precio residual pactado, matizando, no obstante, «en que la opción de compra que caracteriza como cláusula típica al arrendamiento financiero, a los efectos de la calificación como compraventa, no esté cegada o imposibilitada por los actos de las partes, es decir, resulte expedita y responda a expectativas reales». «El valor de la opción de compra ha de ser una cantidad no incluida en el montante total del precio pactado en el contrato de arrendamiento financiero, e igualmente, no ha de recogerse ningún tipo de estipulación que coarte la facultad de ejercitar la opción que tiene la entidad arrendataria, circunstancia que no sucedería si se tratase de una venta con precio aplazado, en el cual, esa opción de compra no sería tal, y, formando parte del precio total del bien vendido, se asimilaría a un último plazo o mensualidad (STS de 7 de octubre de 2002)». (STS de 7 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Uninter Leasing, S. A.*, interpone demanda de tercería de dominio contra la entidad *Forleva, S. A.*, y la *Tesorería General de la Seguridad Social, Tesorería Territorial de Valencia* en la que solicita que se dicte sentencia por la que se declare la propiedad de la entidad demandante sobre un equipo industrial y ordene a la *Tesorería General de la Seguridad Social* el levantamiento del embargo sobre el citado material y a *Forleva, S. A.*, a aceptar la declaración de dominio a favor de la entidad demandante y el levantamiento del embargo. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados. La *Tesorería General de la Seguridad Social* contesta a la demanda solicitando que se desestimare íntegramente la misma por no acreditar el tercerista el dominio de los bienes que reclamaba. *Forleva, S. A.*, por su parte, se allana a la demanda al encontrarse en situación de suspensión de pagos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Valencia confirma íntegramente la sentencia dictada en la instancia anterior. Interpuesto recurso de casación por la *Tesorería General de la Seguridad Social*, el TS declara que no ha lugar al recurso formulado. (M. F. N. C.)

**31. Arrendamiento de industria: resolución del contrato.**—La entrega material del local en un contrato de arrendamiento de industria no significa el cumplimiento de la prestación debida, ya que el local ha de ponerse a disposición en condiciones adecuadas para poder desarrollar la actividad pactada. La jurisprudencia considera que, dado que entre las obligaciones básicas del arrendador se incluye la de hacer las reparaciones necesarias para conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, es posible extender este concepto a la obligación de realizar las obras pactadas para conseguir la satisfactoria utilización del local arrendado conforme al uso convenido (SSTS de 29 de enero de 1983 y 22 de marzo y 18 de octubre de 1993).

El TS afirma que el incumplimiento parcial del contrato que impida la realización del fin del mismo tiene entidad suficiente para justificar la resolución contractual, puesto que se han frustrado las legítimas aspiraciones de una

de las partes, sin que sea preciso que el incumplimiento sea tenaz y persistente. (STS de 15 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don F. J. B. B. y don L. M. S. interponen demanda contra don G. C. N. y doña A. P. S. sobre indemnización por daños y perjuicios, solicitando la rescisión del contrato de arrendamiento de la industria a desarrollar en un bar, por no reunir los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad pactada (licencias municipales y autorización de la comunidad de propietarios).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, resolviendo el contrato de arrendamiento de industria. El TS desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia. (S. E. M.)

**32. Calificación del contrato controvertido como arrendamiento rústico y no aparcería.**—En este supuesto, en aras de la doctrina jurisprudencial relativa a que el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicado cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba ha de recaer en sus consecuencias sobre aquel que, sin embargo de estar obligado a probar, no lo hizo (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1987 y 19 de noviembre de 1988), no entraba en juego el precepto citado, al estar acreditado según criterio de la Audiencia, por los datos demostrativos incorporados al proceso, la presencia del contrato de arrendamiento rústico; sobre este particular, la sentencia recurrida ha argumentado que «alegado por el recurrente que si bien es cierto, el contrato de aparcería, el mismo fue extinguido al contraerse verbalmente un contrato de arrendamiento, es suficientemente ilustrativa la forma de pago anual documentada en los recibos remitidos por el Banco de Santander, en los que consigna que se ingresan cantidades en concepto de renta, aunque ello pueda significar el precio de una aparcería; que los ingresos se vienen repitiendo de forma continuada durante once años, sin que la actora ni su esposo hagan protesta alguna; que la actora no presenta documento que acredite que se haya realizado liquidación alguna en vida del esposo de la misma, referido a una aparcería, y todo ello teniendo en cuenta la condición de Letrado de este último, que hace suponer un conocimiento de la situación jurídica que hubiese originado una reacción judicial o extrajudicial de entender que había un incumplimiento contractual por la contraparte, todo lo cual lleva al convencimiento de la Sala que el contrato que ligaba a las partes era en realidad de arrendamiento y no de aparcería. Téngase en cuenta además que es la propia actora quien en su escrito de demanda refiere incumplimientos contractuales de los años 1993 al 1995, pero no anteriores, lo que revela desconocimiento exacto de la relación existente, como por otra parte se desprende de la prueba de confesión judicial».

**Jurisprudencia sobre la novación objetiva tácita.**—Esta Sala ha manifestado que la novación supone siempre una renuncia de derechos (SSTS de 20 de marzo de 1947 y 5 de marzo de 1965), y de ahí que no se presume nunca existente, sino que ha de constar de forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones, tanto si es extintiva como si es modificativa; la novación significa la sustitución de un convenio por otro, contando con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque, según lo dicho, puede también deducirse de la incompatibilidad de ambas obligaciones (entre otras, SSTS de 16 y 26 de marzo de 1981, 18 de junio y 22 de noviembre

de 1982); en el supuesto de manifestación tácita de la voluntad de novar, corresponde a los Tribunales determinar si existe incompatibilidad entre ambas obligaciones, hipótesis en que habrá novación, o, si no existe, habrá mera modificación de la obligación (aparte de otras, SSTS de 9 de mayo de 1963 y 27 de junio de 1970); y, por último, las cuestiones relativas a la existencia de los hechos determinantes de la novación son facultad propia y peculiar del Tribunal *a quo*, a cuyo criterio hay que estar, en cuanto no sea adecuadamente impugnado (por todas, STS de 17 de abril de 1971). (STS de 8 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente solicitó que se declarase extinguido el contrato de aparcería que le unía con el demandado y se condenase a este a rendir cuentas de la aparcería de los cuatro últimos años. El demandado alegó la existencia de una novación objetiva, en virtud de la cual el contrato de aparcería había sido sustituido por un arrendamiento rústico. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron, por admitir la existencia de una novación objetiva tácita y estar relacionadas las partes en realidad por un arrendamiento rústico. (M. C. B.)

**33. Arrendamiento rústico. Acceso a la propiedad por el arrendatario: derecho personalísimo.**—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 14 de diciembre de 1992, 7 de octubre de 1994, 31 de marzo de 1997 y 24 de septiembre de 1999) afirma que el derecho de acceso a la propiedad que reconoce el artículo 84 LAR es un derecho de carácter personalísimo e intransmisible que se extingue con el fallecimiento del arrendatario.

**Arrendamiento rústico. Sucesor del arrendatario: condición de profesional de la agricultura.**—El artículo 79 LAR enumera las personas que pueden suceder en el arrendamiento al arrendatario fallecido, estableciendo que «en todo caso el sucesor habrá de ser profesional de la agricultura». (STS de 3 de octubre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don P. G. M., en su condición de arrendatario, ejerce la acción de retracto arrendaticio sobre dos fincas rústicas.

Durante el proceso judicial el demandante fallece y es sustituido por su hijo y heredero, don F. G. M. Este no es profesional de la agricultura, motivo por el cual los demandados alegan que esta sustitución procesal es ineficaz.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda (estima el retracto sólo respecto de una de las fincas). La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de primera instancia. El TS estima el recurso de casación interpuesto por los demandados, desestima el recurso de casación promovido por don F. G. M. (sucesor procesal del demandante), casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

NOTA.—Téngase en cuenta que con posterioridad a la fecha de la presente sentencia, se ha aprobado una nueva Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, publicada en el BOE de 27 de noviembre de 2003) que suprime los derechos de adquisición preferente, es decir, el tanteo y el retracto. En la Exposición de Motivos de la citada Ley se afirma que «la posible aplica-

ción de tales derechos, que implican una notable limitación a la propiedad, alejaba a los propietarios de arrendar y, por lo tanto, se ha creído oportuno suprimirlos ahora, en aras de la libre circulación de la tierra que se estima cada día más conveniente». (M. J. P. G.)

**34. Cuando el daño se atribuye a una sola de las personas que cooperaron en la edificación, no cabe declarar la solidaridad de las obligaciones.**—La responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en el caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que es manifiesto que no se da tal presupuesto de hecho, por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos, o por no concurrir más que en alguno, la prestación solidaria no puede prosperar, como señaló la Sentencia de 12 de junio de 1987.

**Responsabilidad exclusiva del arquitecto director.**—Acreditado como está que todo se debe, sin ningún género de duda, a vicios del suelo y de la dirección, es indudable que sólo puede llevar a la exclusiva condena del arquitecto superior. Como ya señaló la Sentencia de esta Sala de 8 de junio de 1984, el arquitecto director de la obra está obligado a examinar el suelo a fin de disponer, si menester fuera, los trabajos de consolidación y cimentación requeridas por la *lex artis*.

**Falta de prueba de los daños y perjuicios invocados.**—Los pretendidos daños y perjuicios se plantean en este recurso en donde no se ventila la aplicación o no de los artículos citados como infringidos, sino la realidad de tales daños y perjuicios que niega la instancia y sostiene la recurrente, además, con una argumentación inadmisibles. Las obras de cimentación no pueden nunca depreciar las viviendas, antes al contrario, sino que son garantía de su reparación. En cuanto a las presuntas molestias y daños como consecuencia de las obras de reparación, sin acreditamiento ninguno en los autos, y sin que la recurrente, a quien incumbía tal *onus probandi*, haya intentado siquiera acreditarlo, por lo que no puede pretender ahora proclamar su realidad. (STS de 3 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Después de haberse acumulado las reclamaciones de dos sociedades, la *Unión de Consumidores y Usuarios* y la comunidad de propietarios de un edificio contra la constructora, el arquitecto director de la obra, el aparejador y la compañía aseguradora, por daños en la construcción de un edificio, el Juez de Primera Instancia estimó parcialmente las demandas, condenando solidariamente a los demandados a indemnizar a las sociedades demandantes y, asimismo, condenando solidariamente a la constructora y al arquitecto director a la reparación de los desperfectos detectados en la obra realizada. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial admitió los recursos desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la dos sociedades y estimando parcialmente la demanda instada por la *Unión de Consumidores y Usuarios* y la comunidad de propietarios, condenó únicamente al arquitecto director a reparar los defectos, deficiencias y daños, por deberse únicamente a vicios del suelo y en la dirección. La comunidad de propietarios interpuso el recurso de casación, que fue rechazado. (M. C. B.)

**35. Incongruencia omisiva y falta de motivación de la sentencia. No cabe referirla a las meras alegaciones y razonamientos de las partes, sino a las cuestiones jurídicas básicas del debate.**—No concurre incongruencia «omisiva» porque la sentencia no omite ningún pronunciamiento, ni deja de resolver cuestión o planteamiento jurídico básico que haya de ser objeto de decisión específica. No tienen tal carácter las meras alegaciones y razonamientos de las partes, sean relativos a puntos de hecho o de derecho, sustantivos o procesales. Tampoco hay falta de motivación cuando la sentencia contiene respuesta suficiente a todas las cuestiones suscitadas. Reiteradamente se admite la motivación por remisión, sin que sea necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni sobre todos los aspectos y perspectivas que las mismas puedan tener de la cuestión que se decide, pues resulta suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión.

**Diligencias para mejor proveer. Principio de justicia rogada. No se infringe si se acuerda como complemento de las pruebas ya practicadas en el proceso.**—La doctrina jurisprudencial mantiene la necesidad de hacer un uso ponderado de las diligencias para mejor proveer, de modo que su ejercicio sea conforme a la función o finalidad que le es propia, de que el órgano jurisdiccional adquiera un conocimiento exacto de aquellos hechos que, sirviendo para fundamentar el fallo, se estime que han quedado confusos o poco determinados por las pruebas aportadas por las partes y que es necesario esclarecer en forma adecuada para dictar la sentencia procedente. En el caso no se aprecia la existencia de extralimitación o abuso, pues la prueba pericial acordada tiene evidente naturaleza de complementaria de las pruebas obrantes en autos, con independencia de su valor para fundamentar el fallo, tanto en relación con la obra ejecutada como respecto de su valoración.

**Prueba documental. Diferencia entre autenticidad de un documento y eficacia probatoria del mismo.**—La autenticidad se refiere a la legitimidad del continente, es decir, a la proveniencia de su autor; por lo que concurre cuando hay concordancia del autor aparente con el autor real. Según mantiene la jurisprudencia, la declaración de inautenticidad priva al documento de aptitud para probar. Solo el documento auténtico es idóneo para poder probar «por sí solo». Mientras que el documento que, impugnado o no reconocido, no conste su autenticidad o inautenticidad puede valorarse «conjuntamente con otras pruebas». Cosa diferente es la eficacia probatoria, que se refiere al valor que cabe atribuir al contenido de un documento (que no haya sido declarado carente de autenticidad). En un sistema de libre apreciación probatoria el juzgador puede formar su convicción con base en pruebas distintas de los documentos, o en la valoración conjunta con estos. Solo queda vinculado en aquellos extremos en que el contenido documental constituye prueba legal o tasada, la cual se circunscribe (arts. 1218 y 1225) al hecho y fecha del documento y a haberse efectuado las declaraciones que constan en el mismo, pero no la realidad o veracidad intrínseca del contenido de estas declaraciones, cuya presunción de verosimilitud entre las partes se puede entender desvirtuada por otros medios de prueba (SSTS de 21 de noviembre de 2000 y de 19 de abril de 2002). Desde otro punto de vista, debe distinguirse, y no son confundibles, la admisión de hechos en los escritos de alegaciones que quedan exonerados de prueba y vinculan al juzgador, y la aceptación de los mismos en los medios de prueba, que generalmente quedan sujetos a la valoración probatoria.

**Dictamen pericial. Validez del emitido a partir de un informe técnico que consta en autos.**—No existe ninguna vulneración legal por el hecho de que el dictamen pericial acepta la apreciaciones fácticas de un informe técnico aportado con la demanda; y menos todavía que el juzgador de instancia funde su convicción en dicho dictamen pericial. Sin que, por lo demás, quepa confundir la oportunidad (posibilidad) de atribuir eficacia acreditativa a un informe preconstituido, con la endeblez probatoria respecto de otros medios de prueba, procesalmente más sólidos, como la pericial emitida en forma (STS de 10 de julio de 2000).

**Contrato de obra. Aumento de obra. La autorización del propietario puede darse mediante aceptación tácita o implícita.**—El artículo 1.593 CC faculta para aumentar el precio cuando se haya producido un aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario; para cuyo acreditamento la doctrina jurisprudencial no exige una constancia documental, pues basta la existencia de una aceptación tácita o implícita revelada por hechos concluyentes, y la apreciación de estos, como cuestión de hecho, corresponde al juzgador de instancia (SSTS de 23 de enero y 3 de diciembre de 2002).

**Contrato de obra. Desistimiento unilateral del dueño de la obra. Distinción con la resolución contractual por incumplimiento. Indiferencia de los móviles del dueño de la obra para proceder al desistimiento.**—Reconocida la incompatibilidad entre las dos causas de extinción del contrato consistentes en el desistimiento unilateral del dueño de la obra (art. 1594 CC) y la resolución contractual por incumplimiento (art. 1124 CC), resulta evidente que en el caso se produjo la primera. El derecho del contratista a percibir la indemnización prevista en el artículo 1594 CC no depende en absoluto de los móviles que hayan inducido al propietario a desistir unilateralmente del contrato de obra. (STS de 25 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Por la entidad F. B. C. se interpuso demanda contra doña C. M. L. y otros, en reclamación de cantidad derivada de las obras llevadas a cabo por la actora en una vivienda de los demandados, y durante las cuales se había variado en distintas ocasiones el proyecto inicial, con el consiguiente aumento de obra y correlativo de precio. Radicaba el tema nuclear del proceso en la determinación de la cantidad a pagar por obra ejecutada y no abonada. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial, para formar su convicción, acordó para mejor proveer un informe pericial, a emitir teniendo en cuenta toda la documentación obrante en autos y el examen personal de la obra por el perito. Con base en dicho informe, computando toda la obra realizada, tanto proyectada inicialmente como la dimanante de sucesivas ampliaciones, estimó que la deuda pendiente de liquidar era inferior al importe de condena en primera instancia, confirmando en lo demás la resolución apelada. El TS desestimó el recurso interpuesto por la demandada y no dio lugar a la casación. (L. A. G. D.)

**36. Contrato de obra. Ejercicio de la acción directa por el subcontratista frente al dueño de la obra y el contratista.**—La acción directa como acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor, es caracterizada por el TS como un eficaz medio de protección del crédito (FD 1.º de la

STS de 2 de julio de 1997), una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor (STS de 29 de abril de 1991), que representa una excepción al principio de relatividad de los contratos (SSTS de 2 de julio de 1997, 27 de julio de 2000), alcanzando a sucesivos subcontratistas (STS de 6 de junio de 2000). Uno de los presupuestos de la acción directa que el artículo 1597 CC otorga al tercero contra el dueño de la obra, viene dado por la aportación en el contrato de obra por parte del subcontratista o, tal y como lo denomina el TS, del subempresario (STS de 11 de octubre de 1991), de material y/o trabajo. De este modo la citada acción directa «... convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa» (FD 2.º, con cita de la SSTS de 29 de octubre de 1987, 11 de mayo y 11 de octubre de 1994).

**Situación de insolvencia del contratista. Doctrina del abuso del derecho y del fraude de ley.**—Para que se pueda entender que se produce abuso del derecho es necesario que el uso de un derecho objetiva o externamente legal produzca un daño a un interés que no se halle protegido por una específica prerrogativa, junto a la exigencia de inmoralidad o antisociabilidad del ejercicio o cuando se actúe con la intención de perjudicar (SSTS de 30 de mayo de 1998 y 13 de junio de 2002). El ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC tampoco puede entenderse que se haya llevado en fraude de ley en tanto que precisamente la finalidad de dicha acción directa no es otra que la «... salvaguarda de los derechos del subcontratista, siendo compatible con la existencia de un expediente de suspensión de pagos de la contratista».

**El artículo 9.4 de la Ley de suspensión de pagos.**—En procesos contra un suspenso que se encuentren en curso al tiempo de la declaración de suspensión de pagos, tanto juicios ordinarios como ejecutivos en los que no se persigan bienes especialmente hipotecados, los mismos seguirán su tramitación hasta la sentencia, quedando en suspenso las acciones individuales en la fase de ejecución. El TS ha declarado en este sentido que en los supuestos en los que se ejercite la acción directa del artículo 1597 CC el dueño de la obra a quien debe es a sus demandantes y no a su contratista, por lo que la suspensión de pagos de este no afecta al procedimiento seguido, en todo caso, hasta su ejecución (FD 3.º, STS de 9 de mayo de 1989, con cita de la STS de 18 de febrero de 1899). (STS de 11 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *ODO, S. A.*, concertó con la *Autoridad Portuaria de Sevilla* la realización de las obras de acondicionamiento del acceso al nuevo muelle de Tablada Puerta Sur en Sevilla. En dicha obra intervino *Talleres San José*, como subcontratista de la citada entidad, realizando tanto ciertas obras como el suministro de materiales, tanto mecanizados como no, así como el transporte de los mismos. Ante el impago de las facturas correspondientes a dichos trabajos, don A., propietario de la empresa subcontratista, demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a la *Autoridad Portuaria de Sevilla* así como a la entidad mercantil *ODO, S. A.*, la cual ya se encontraba en suspensión de pagos. Tras ciertas vicisitudes procesales en orden a la existencia o no de litisconsorcio pasivo necesario, el Juez de Primera Instancia estimó la demanda condenando ambos demandados, con expresa condena a la *Autoridad Portuaria* al pago de la suma reclama. Recurrida la sentencia por la representación de la entidad *ODO, S. A.*, la Audiencia Provincial

desestimó el recurso. Finalmente dicha parte formuló recurso de casación alegando infracción de los artículos 6.4 y 7 CC así como del artículo 9.4 de la Ley de suspensión de pagos.

NOTA.—Si bien la parte recurrente, la entidad *ODO*, contratista, considera que la conducta de la entidad subcontratista demandando a la *Autoridad Portuaria de Sevilla* es contraria a la buena fe y podría calificarse de abusiva e incluso de fraudulenta, puesto que al resultar condenada como dueño de la obra al pago de la suma reclamada, se viene a causar un grave perjuicio al resto de los acreedores de la citada entidad en situación de suspensión de pagos, el TS entiende que no concurren los requisitos objetivos ni subjetivos ni de una ni de otra. Ciertamente, aun cuando conforme a la jurisprudencia del TS se entiende que el acreedor-subcontratista puede reclamar judicial o extrajudicialmente de manera distinta a uno u otro, contratista y dueño de la obra, el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC no excluye la reclamación al deudor directo. En cualquier caso, tal y como señala el propio tenor literal del citado artículo 1597 CC, la responsabilidad del dueño de la obra se limita al importe máximo señalado en el precepto. El TS, al confirmar el fallo de primera instancia, en el que se condena a ambas entidades, condenando expresamente al pago de la cantidad adeudada a la *Autoridad Portuaria de Sevilla*, vuelve a pronunciarse a favor del carácter solidario de la responsabilidad del contratista y del dueño de la obra (entre otras, SSTs de 29 de abril y 11 de octubre de 1994 y 2 de julio de 1997/5474). El TS rechaza el motivo de casación basado en la infracción del artículo 9.4 LSP, relativo a los procedimientos dirigidos contra los suspensos en tanto que entiende que la acción directa conforme al artículo 1597 CC «... se ejercita directamente contra el dueño de la obra reclamando el pago» (FD 2.º). (R. D. O.)

**37. Calificación de los contratos. Función privativa del juzgador de instancia.**—La calificación jurídica de las relaciones que unen a las partes litigantes es función privativa de los juzgadores de instancia y ha de ser mantenida en casación salvo que resulte arbitraria, absurda o ilegal.

**Comodato y precario. Diferencias.**—El comodato es una modalidad del préstamo que implica la cesión gratuita de una cosa no fungible para que se use durante un cierto tiempo o para un uso determinado, y sólo tras el transcurso de ese tiempo o la conclusión del uso, el comodante puede reclamar su devolución. El precario, constituye más que un contrato un acto declarativo de cesión del uso, sin determinación de tiempo, finalidad y modo, o incluso una mera situación posesoria amparada por un título ya ineficaz, de modo que el comodante puede reclamarla a su voluntad, siempre que requiera al precarista con un mes de anticipación (arts. 1740, 1744, 1749 y 1950 CC; art. 1565.3 LEC de 1881; SSTs de 30 de octubre de 1986 y de 2 de diciembre de 1992).

**El precio cierto como elemento esencial en el contrato de arrendamiento de cosas.**—Conforme establece el artículo 1543 CC la satisfacción de un precio cierto constituye un elemento esencial en el contrato de arrendamiento de cosas de tal forma que si no se prueba con certeza que la supuesta renta se determinó en el momento de contratar, ni los criterios o medios para

determinarla el arrendamiento es ineficaz por falta del requisito esencial de fijación del precio (art. 1547 CC; STS de 26 de enero de 1987).

**Los gastos de mantenimiento no constituyen renta.**—No cabe integrar en el concepto de renta la satisfacción de posibles gastos realizados para la conservación o mantenimiento de la cosa. (STS de 18 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante entabló acción contra su hermana, su cuñado y sus sobrinos solicitando que desocuparan la planta baja del edificio en donde habitaban así como de los almacenes, aljibes y patios anejos a dicha vivienda. La cuestión litigiosa se centró en determinar si por parte de los demandados existía algún título habilitante de la ocupación del inmueble. En este sentido, los demandados justificaron el uso del inmueble en base a la existencia de un arrendamiento inmobiliario de renta irregular o un comodato con duración o usos determinados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y condenó a los demandados a desalojar el inmueble. El TS desestima el recurso interpuesto por los demandados. (C. O. M.)

**38. Responsabilidad civil derivada de delito. Distribución de la deuda entre los condenados como autores.**—Es la sentencia penal la que determina la cuota y la distribución de la deuda entre los autores. Si no lo hace, los jueces civiles no tienen facultad para enmendar, corregir o suplir las deficiencias en que pudieran haber incurrido los jueces penales. Por otra parte, si no se atribuye una cuota determinada a cada autor, es doctrina consolidada (SSTS de 25 de junio y 26 de noviembre de 1985, 26 de abril de 1988 y 16 de julio de 2001) que debe atenderse a lo dispuesto por el artículo 1138 CC, donde se establece la división de la deuda en partes iguales (salvo que se desvirtúe la presunción que dicho precepto sienta).

**Ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de delito en juicio penal. Falta de competencia de la jurisdicción civil.**—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 11 de octubre de 1990, 5 de mayo y 4 de noviembre de 1991 y 12 de julio de 1993), cuando la acción de responsabilidad civil derivada de delito se ejercita conjuntamente con la penal, una vez recaída sentencia condenatoria en el juicio penal en la que, además de la pena correspondiente al delito o falta perseguido, se condene a los acusados y a los responsables civiles subsidiarios a satisfacer las indemnizaciones correspondientes, la jurisdicción civil no puede conocer de nuevos hechos y sobre nuevas responsabilidades. Igualmente, en tales circunstancias no es posible promover posteriormente un juicio civil sobre los mismos hechos.

**Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción de repetición ejercitada por el responsable civil subsidiario.**—Declara el TS que la acción de repetición que nace de los artículos 1904.II y 1158 CC es una acción civil que es materia propia de la jurisdicción civil (art. 9.2 LOPJ), aunque tenga su fundamento prejudicial en una sentencia penal, así como en el hecho del pago por el declarado responsable civil subsidiario. (STS de 26 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Condenados en sentencia penal dos empleados de *Construcciones JUTOCA, S. A.* —el director de los trabajos y socio mayoritario de la empresa y un encargado de las obras— como autores de un delito de imprudencia con resultado de muerte, se declara igualmente la responsabilidad civil subsidiaria de *Construcciones JUTOCA, S. A.* Esta paga la indemnización de veinte millones de pesetas que fija la sentencia, tras lo cual reclama en vía de regreso ante la jurisdicción civil la mitad de esa cantidad al encargado de las obras condenado, a través de la acción del artículo 1904 CC.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. El demandado interpone recurso de apelación, que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Esta entiende que la distribución de cuotas entre los condenados penalmente en ese caso no debe hacerse por partes iguales, sino que al encargado le corresponde sólo el pago de quinientas mil pesetas. *Construcciones JUTOCA, S. A.* recurre el fallo en casación, recurso que es estimado por el TS. (A. M. M.)

**39. Responsabilidad civil. Reinterpretación jurisprudencial de la doctrina de la culpa orientada a obtener la máxima protección de la víctima de los sucesos dañosos.**—Atendido los términos del artículo 1902 CC y la línea de la tradición jurídica española, nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a esta elemento justificativo de la responsabilidad civil (al menos en los supuestos puros de responsabilidad por actos propios). Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos en la sentencia, denuncian una evidente tendencia tuitiva a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpa, pues, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Si, como ocurre también, se identifica la negligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento, llegamos a la conclusión de que los postulados clásicos han experimentado, de hecho, una vigorosa conmoción (STS de 6 de junio de 2002).

**Sentencia civil. Inexistencia de obligación de formular una expresa relación de hechos probados.**—No existe en la ley que regula el orden jurisdiccional civil mandato consistente en que la sentencia contenga una expresa declaración de hechos probados; y en la sentencia impugnada, atendida su total lectura, se expone con toda claridad tanto la mecánica de los hechos que razonablemente estima probados como el grado de culpa interviniente a cargo de la demandada y el nexo causal entre las dos circunstancias.

**Validez de los informes de las autoridades administrativas en materia de seguridad en el trabajo para fundar la culpa de la empresa.**—La sentencia, si bien admite que se dieron instrucciones generales, construye la responsabilidad de la empresa en el probado inadecuado procedimiento de trabajo, ausencia de medidas de seguridad por continuar la máquina funcionando y ausencia de un control eficaz de la empresa que tolera tales operaciones; y que se ha puesto de manifiesto mediante los abundantes informes y dictámenes emitidos por la autoridad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo.

**Suspensión de pagos. Irrelevancia de su existencia a efectos de la estimación o desestimación de la sentencia.**—La existencia o inexistencia de suspensión de pagos de la empresa en los momentos de presentación de la demanda, de la sentencia recurrida y de la dictada en casación es de todo punto irrelevante para su estimación o desestimación. (STS de 22 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. C. C. presentó demanda contra la entidad «H. V. P.», en la que prestaba su trabajo, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de las lesiones sufridas mientras limpiaba manualmente una máquina carda, sin que existieran controles de la empresa para impedir las operaciones manuales inapropiadas, ni medios para posibilitar la ejecución del trabajo sin arriesgar la integridad de la operaria. La parte demandada opuso la culpa exclusiva de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia de Olot desestimó íntegramente la demanda planteada. La Audiencia Provincial de Girona estimó el recurso de apelación interpuesto y dio lugar parcialmente a lo demandado. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**40. Legitimación activa. Legitimación del padre para demandar en nombre e interés de los hijos menores de edad.**—Ha de tenerse en cuenta que la representación de los hijos menores por sus padres es una representación legal obligatoria, que cumple el mandato del artículo 2 LEC, al imponer la comparecencia en los pleitos de los representantes legítimos por los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, que es el caso de los menores de edad, pues al no estar emancipados, corresponde su representación procesal al padre como ejerciente de la patria potestad, de conformidad con el artículo 162 CC.

**Aceptación tácita de la herencia. Se da cuando por los llamados a suceder se ejecutan obras en bienes del caudal hereditario.**—El artículo 661 CC permite considerar herederos a los sucesores legítimos del causante, a quienes asisten el derecho a repudiar la herencia, aceptarla a beneficio de inventario o aceptarla pura y simplemente, en cuyo caso el sucesor pasa a condición de efectivo heredero con retroacción hereditaria al momento de la muerte de la persona a la que se sucede. Ninguno de estos supuestos se han acreditado en el supuesto de autos, pero sí ha de atenderse a los hechos probados, que ponen de manifiesto que las recurrentes hicieron reparaciones en el inmueble, del que se desplomó la pared causante del accidente. En este caso estamos ante una efectiva aceptación tácita, prevista en el artículo 999 CC, pues las referidas actuaciones llevadas a cabo indudablemente lo fueron a título de herederas.

**Responsabilidad extracontractual. Daños causados a las personas a consecuencia de derrumbe de pared que linda con la vía por falta de reparaciones necesarias.**—Resulta probado que se trata de la caída de una pared sobre la vía pública integrada en un inmueble desocupado y totalmente abandonado y con ostensibles signos de ruina que no había sido objeto de reparaciones convenientes, en cuanto a adoptar necesarias medidas de seguridad para evitar hechos como el de autos. Es decir, que las recurrentes asumieron y mantuvieron una situación que se presentaba como riesgo notorio y

potencial con carga suficiente de producirse y ocasionar daños a las personas o a las cosas, ante las circunstancias propias que presentaba la disposición del edificio. Se trata de responsabilidad por culpa, en la que juega la conducta negligente, omisiva por ausencia de previsión, imputable a la propiedad, al no haberse acometido oportunamente las obras reparadoras necesarias y, a su vez, por consentir y tolerar el mantenimiento de una situación de riesgo que se presentaba evidenciada, la que no fue atendida debidamente y conforme las circunstancias concurrentes lo demandaban. (STS de 27 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G. P. demandó en representación de sus hijos menores a doña M. S. V. y doña E. S. V., solicitando una indemnización por los daños sufridos por aquéllos al ser alcanzados por el derrumbe de la pared frontal de un inmueble perteneciente a las demandadas, y que se encontraba en estado de evidente abandono y posible ruina. Las demandadas oponían la falta de legitimación activa del actor así como su falta de legitimación pasiva, toda vez que perteneciendo el inmueble a la herencia dejada por sus progenitores, nunca habían llevado a cabo ningún acto de aceptación expresa de la herencia. El Juzgado de Primera Instancia de Murcia acogió la demanda y condenó a las hermanas. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por aquellas. El TS no dio lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

**41. Culpa extracontractual: responsabilidad de odontólogo: no hay tratamiento inadecuado: no hay relación de causalidad.**—La responsabilidad del odontólogo se basaría en haber practicado al actor cuatro endodoncias y el posterior empaste de las mismas entre los meses de mayo y octubre de 1993, y en que al realizar el último empaste contrajo el actor una osteomielitis, o bien que sufriendo una infección en la mandíbula inferior, no fue correctamente diagnosticado, ni tratado adecuadamente; la osteomielitis es una enfermedad inflamatoria infecciosa causada por gérmenes piógenos a nivel del tejido óseo, y en las radiografías de las piezas dentarias no se aprecia ninguna zona compatible con infección residual, las endodoncias pueden estimarse correctamente realizadas y resulta excepcional que de una de ellas derive un proceso osteomielítico, siendo conforme a la *lex artis* que transcurre el plazo de un mes tras su práctica para realizar el empaste de la pieza dentaria tras comprobar la ausencia de infección. No existe causalidad entre la actuación del facultativo y el resultado dañoso producido, por lo cual no puede reputarse que existe culpabilidad ya que no puede responder *ex artículo 1902 CC* quien no haya tenido una conducta que sea causa adecuada y generadora del resultado.

**Responsabilidad del INSALUD por falta de atención y cuidado.**—El reproche contra el ambulatorio de la Seguridad Social de Ávila consiste en falta de atención debida a su grave enfermedad, y porque sólo se le practicaron unas pruebas y unos análisis, y después de un tratamiento se le remite al Hospital de Nuestra Señora de Sonsoles de la misma ciudad, en vez de remitirle directamente al Servicio de Cirugía máxilo facial de Salamanca. Pero la prueba practicada revela que el demandante era alérgico a la penicilina y sus derivados y resistente a determinados antibióticos que precisó en el tratamiento, debiendo añadirse que el sistema inmunológico del enfermo estaba dete-

riorado con anterioridad a la infección por haber padecido alcoholismo crónico, aunque no bebiese en esas fechas, y por haber sido toxicómano al haber ingerido hachís y cocaína; por último, el demandante rechazó un tratamiento más agresivo para eliminar completamente la infección. Aquel reproche debe rechazarse.

**Error de diagnóstico imputable al odontólogo y a los centros hospitalarios del INSALUD: inexistencia.**—El diagnóstico consiste en un juicio médico que precisa una fase previa constituída por una pluralidad de actos, desde la *anamnesis*, a las pruebas de exploración física, radiológicas y analíticas, en definitiva, un conjunto de actos médicos para iluminar y deducir la naturaleza de la afección que padece el enfermo. No cabe, por tanto, imputar error de diagnóstico, pues a la vista de los datos percibidos y de los informes obrantes, el tratamiento recibido fue el correcto y debiendo además adaptarlo a las circunstancias específicas del enfermo, alergias a los medicamentos del grupo de la penicilina y la resistencia a otros antibióticos. En el Hospital Nuestra Señora de Sonsoles se le hicieron al enfermo toda clase de pruebas que orientaron el diagnóstico hacia una osteomielitis mandibular y entonces se remitió al paciente al Hospital Virgen de la Vega de Salamanca, donde se le practicaron dos intervenciones quirúrgicas, bajo anestesia general. Cuando el diagnóstico y el tratamiento resultan correctos en función de los síntomas presentados por el enfermo en tal momento, se descarta la infracción del artículo 1902 CC. (STS de 25 de octubre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda solicitaba no menos (*sic*) de cincuenta millones de indemnización de daños y perjuicios, siendo rechazada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia y también por la Audiencia Provincial (salvo en lo relativo a las costas de primera instancia). Lo singular del caso radica en que con ocasión de practicar la última endodoncia es cuando se descubre una infección maxilar diagnosticada como osteomielitis dos meses después, con diversas vicisitudes. Al haberse constatado la observancia de la *lex artis ad hoc* en todas las etapas de esta compleja relación médica procede razonablemente —y así lo han entendido todas las instancias judiciales que han intervenido—, la desestimación de la demanda (Pte.: Martínez-Pereda Rodríguez). (G. G. C.)

**42. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: conductor de camión-grúa que resulta aplastado por la carga: Caso fortuito: culpa exclusiva de la víctima.**—El accidente ocurrió cuando se descargaba un vehículo especial, de unos 2.000 kilogramos de peso, desde el camión que conducía la víctima, ayudado por un trabajador de la compañía naviera, con ayuda de una carretilla elevadora conducida por este último, en cuyo momento el vehículo especial se desplazó hasta donde se encontraba el fallecido manejando los mandos de la grúa, aprisionándolo contra el camión y la máquina; no resulta probado que el ayudante realizase maniobra alguna con la carretilla elevadora, que empujase o simplemente tocase la máquina que la grúa del camión descargaba y cuyos mandos eran accionados por la víctima, sino que dicha máquina se desplazó como consecuencia de haber rozado los estabilizadores del camión-grúa manejados por aquél. Tiene razón el Juez de instancia cuando califica el evento dañoso como caso fortuito. En todo caso, si hubo algún culpable fue el propio trabajador que rozó la máquina con uno

de los estabilizadores del camión provocando el nefasto desplazamiento de la misma.

**No cabe invocar por analogía el artículo 120 de la Ley de navegación aérea de 1960.**—Se aspira a atraer los dictados de una responsabilidad objetiva al socaire de esa legalidad específica, que debe rechazarse porque en el evento la fatalidad o, incluso, la culpa de la víctima determinaron el fatal desenlace, sin que pueda aceptarse la alegación *in voce* del recurrente de que un siniestro como el de autos, acontecido dentro de una complicada tarea laboral acorde con la actividad desplegada por las empresas desplegadas, el riesgo inherente a esa dinámica desplaza por completo el elemento de la culpa, y que hasta el caso fortuito o la fuerza mayor queden como oscurecidos por aquel riesgo determinante de la responsabilidad objetiva empresarial. (STS de 4 de octubre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—De los hechos probados resulta la complejidad de la operación de descarga desde un camión-grúa de un vehículo especial (al parecer, para proceder a su traslado en barco), y la pregunta que *a posteriori* surge es si dos personas eran suficientes para realizar la operación, lo que trasladaría la responsabilidad a la empresa o empresas responsables de la carga y descarga. La Sala reivindica, en esta sentencia su plena soberanía para calificar los hechos, con independencia de lo que diga a este respecto la legislación laboral (para la cual se tratará de un accidente de trabajo). Por otro lado es de aprobar la inaplicabilidad por analogía de los criterios de responsabilidad objetiva contenidos en la Ley de navegación aérea (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez). Sigue en vigor en nuestro ordenamiento civil —pese a que en ocasiones resulta oscurecido en la jurisprudencia— el principio general de la responsabilidad por culpa, del artículo 1902 CC, de modo que aquellos sectores de la realidad social regidos por criterios diversos a aquel, no pueden suministrar criterios interpretativos para los casos generales. (G. G. C.)

**43. Culpa extracontractual: lesiones graves por ingestión de bebida cáustica en bar de discoteca: falta de identificación del camarero que la sirvió: responsabilidad directa de la empresa.**—Ha quedado plenamente evidenciado que, a pesar de no haberse podido identificar físicamente al camarero que despachó a la menor afectada la bebida cáustica, es innegable la relación jerárquica o de dependencia que el mismo mantenía con el recurrente, encargado de la discoteca en que se desarrollaron los hechos; la falta de identificación del camarero, no sirve de fundamento a ninguna tesis exculpatoria, ya que el artículo 1903 CC, que entraña una responsabilidad directa, no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización del responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria. Su aplicación deviene también insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y, según las reglas de la experiencia, cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organi-

zaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas (según STS de 9 de junio de 1998).

**Costas en primera instancia.**—Dado que la demanda fue estimada parcialmente en primera instancia no debió imponérsele las costas de primera instancia al demandado, extremo que confirmó la sentencia de apelación. (STS de 29 de octubre de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Por causa de tan incomprensible evento la víctima padece quemaduras esofágicas, y como secuela, tras numerosas intervenciones quirúrgicas, estenosis de esófago que le impide tener una alimentación normal, precisando tratamiento continuado para disminuir la acidez gástrica y controlar la acción de la misma sobre el esófago estenotizado, padeciendo anemia ferropénica la cual le exige tratamiento continuado especializado. Correcta interpretación del artículo 1903.4 CC, y sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Almagro Nosete). (G. G. C.)

**44. Responsabilidad civil de Registrador de la Propiedad por no inscribir cláusula de pliego de condiciones impuesto por Ayuntamiento.**— El texto de la cláusula inserta en pliego de condiciones, no inscrita por el Registrador, era el siguiente: *Si el bien enajenado no fuese destinado a uso hotelero en el plazo de dos años a contar desde la notificación, el adquirente deberá abonar al Ayuntamiento de L. A. veinte millones de pesetas o alternativamente el Ayuntamiento podrá ejercitar el derecho a retraer la finca vendida. El pago del precio y demás gastos necesarios no se abonarán por el Ayuntamiento en concepto de compensación por el uso y disfrute del adquirente de la parcela tramitada.* La demanda presentada por el Ayuntamiento de responsabilidad civil contra el Registrador, el Juzgado Primera Instancia la desestima por entender que la cláusula recoge un derecho personal que sólo afecta al adquirente, pero no a cualquier propietario posterior, y que al carecer de trascendencia real no tiene acceso al Registro, aludiendo a la negligencia del Ayuntamiento al no comprobar si se había registrado la cláusula. La sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial que establece la trascendencia real incardinable en la expresión *condiciones de otro orden* del artículo 51.6 RH y que conforma la extensión del derecho que se inscribe; el Registrador incurrió en responsabilidad al no haber efectuado una motivada denegación de inscripción del asiento, en la que podría haber dado una visión distinta, que hubiera podido ser combatida a través del correspondiente recurso.

**Legitimación pasiva del Registrador.**—La legitimación *ad causam* pasiva consiste en una cualidad, condición o posición, que se atribuye en la demanda respecto de quien es llamado como demandado, definida por su relación con el objeto del proceso, por lo que ha de guardar coherencia con las consecuencias jurídicas pretendidas mediante la acción ejercitada, y que supone el deber de soportar en dicho concepto el litigio; en el caso, la acción ejercitada es la de responsabilidad civil del Registrador de la Propiedad con base en los artículos 296 ss. LH, y, en particular, del artículo 300 que otorga al que *por error, malicia o negligencia del Registrador perdiera un derecho real o la acción para reclamarlo, podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido.*

La legitimación pasiva viene determinada en el caso por la condición de Registrador y la intervención en la calificación e inscripción determinante del perjuicio afirmado.

**Incongruencia.**—No hay incongruencia porque no se dio más de lo pedido, ni cosa distinta, ni se alteró la *causa petendi*, o cambió el planteamiento jurídico, ni se omitió la resolución de ninguna excepción, sin que tengan este carácter los argumentos o alegaciones jurídicas aducidas para sostener la improsperabilidad de la acción ejercitada, cual ocurre en este caso la doctrina del contrato reproductivo.

**Deber de motivación.**—Tampoco hay incumplimiento del deber de motivación pues la doctrina de esta Sala recogida por STS de 9 de julio de 2002 resalta que el deber de motivar se cumple con la expresión de la razón causal del fallo, sin que sea exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones, no careciendo de motivación la sentencia que contiene un proceso lógico-jurídico suficiente.

**Interpretación de la cláusula del pliego de condiciones no inscrita.**—No ofrece especial dificultad, pues en la misma se dice que el comprador deberá destinar la finca comprada a un uso hotelero en un plazo de dos años o pagar veinte millones de pesetas al Ayuntamiento; por lo tanto, puede optar por pagar en lugar de cumplir el destino; y en el caso de doble incumplimiento —ni destina, ni paga— el Ayuntamiento puede optar por exigir al comprador la cantidad de veinte millones de pesetas o ejercitar el derecho de retraer la finca vendida; por lo tanto, el Ayuntamiento no puede exigir al comprador el cumplimiento del uso hotelero, pero, producido el doble incumplimiento, podía optar por retraer la finca, y no estaba obligado a exigir los veinte millones. Tal interpretación es racional y lógica, y en absoluto desacertada, equivocada o absurda.

**Alcance del artículo 51.6.ª RH.**—En la cláusula que no se inscribió no se recoge una condición resolutoria expresa en sentido técnico, pero la sentencia de instancia no dice que la haya y su *ratio decidendi* es otra. La cláusula omitida tiene, cuando menos, una apariencia notoria de trascendencia real, por lo que el demandado no debió limitarse a ignorarla, si efectivamente se apercibió de ello tal y como afirma, sino que debió denegar su inscripción, con arreglo a su convicción, con la motivación adecuada, lo que hubiera permitido, en su caso, subsanar o recurrir. La apreciación anterior tiene fundamental importancia para la decisión del recurso porque la acción ejercitada es la de responsabilidad civil por negligencia, y el juicio de reproche de esta viene configurado en la sentencia recurrida por la falta de una *denegación motivada* de la inscripción de la cláusula, en tanto el recurso se limita sólo a cuestionar la *trascendencia real*, olvidando el aspecto relativo a la omisión de la calificación. En el artículo 51-6.º RH el concepto jurídico de *condiciones* comprende no sólo las denominadas en sentido técnico de las cuales depende la existencia o subsistencia de la obligación, sino también cabe referirlo a una determinada y concreta composición de los intereses de las partes que conforman el contenido contractual en virtud de la autonomía privada, y mediante las que cabe conformar la extensión del derecho que se transmite.

**La cláusula omitida puede constituir un pacto de retro o derecho de retracto convencional de naturaleza real.**—Del examen literal de la cláusula se deduce que el inciso de la misma *podrá ejercitar el derecho a retraer la finca vendida* puede contener un pacto de retro o retracto convencional, regulado en los artículos 1507 ss. CC, que constituye un derecho real, con directo acceso al Registro, y que, cuando se pierde por error o negligencia del Registrador, da lugar a la acción para exigir del mismo el importe de lo que se

hubiese perdido. Son notas características del retracto convencional: *a*) que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor; *b*) que consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo; *c*) que se ejercite durante el plazo contractual o legal marcado; y *d*) satisfacción de las prestaciones del artículo 1518 CC. La sentencia recurrida dice que no hay derecho real por no aparecer los requisitos para ello, pero no dice nada más; según el demandado no hay retracto convencional porque no hay precio, ni plazo, de manera que no se daban las condiciones exigidas por el artículo 1508 CC; sin embargo, tanto uno como otro, a falta de pacto, los establece la ley en los artículos 1507 y 1509 CC en cuanto a la contraprestación pecuniaria, y 1508, CC párrafo 1.º, en cuanto al plazo (por error el FD 5.º dice: *precio*). El único problema surge porque la cláusula en litigio dice en su frase final: *el pago del precio y demás gastos necesarios no se abonará por el Ayuntamiento en concepto de compensación por el uso y disfrute del adquirente de la parcela tramitada* (la sentencia corrige: *transmitida*). La cuestión radica en si las partes pueden componer el interés pecuniario en un sentido distinto al del artículo 1518 CC, al que se remiten los artículos 1507 y 1509 CC. El tema es cuando menos problemático, y ello tanto más si, en caso de mantener un criterio riguroso, se trata de determinar el alcance del inciso final de la cláusula respecto del párrafo anterior; es decir, si contamina el mismo y acarrea su falta de valor como derecho real, o ha de tenerse como no puesto. En todo caso, ello corrobora que el demandado debió haber formulado *calificación motivada*, aunque actuando según su soberano criterio.

**Contrato reproductivo.**—El motivo parece querer dar a entender que la escritura pública debió haber recogido explícitamente, o reproducido, las cláusulas del Pliego de condiciones económico-administrativas, y singularmente la controvertida. Pero la realidad es que dicha cláusula quedó integrada en el título; no se produjeron dos consentimientos sucesivos, sino uno solo; no existe novación, ni siquiera ratificación de lo convenido, pues la venta tuvo lugar mediante la subasta y la aprobación de la adjudicación, y la escritura posterior respondió únicamente a dar forma pública al acto preexistente a los efectos probatorios y de constancia registral. Aparte de ello el artículo 33 RH establece que se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, no sólo los documentos fundamentales sino también los complementarios. Por último, no existe disonancia interna en el contenido de la escritura porque, en cualquier caso, la cláusula genérica de *cargas y gravámenes* cede a la más específica de la cláusula del pliego de condiciones con arreglo al que se perfeccionó la venta. (STS de 23 de octubre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Ponente el señor Corbal Fernández, y ello tanto en razón al objeto del pleito (responsabilidad civil de Registrador de la Propiedad) como al interés doctrinal de algunos de los argumentos esgrimidos, pues estaba en juego la admisión en nuestro ordenamiento de un retracto convencional atípico. El Juzgado de Primera Instancia absolvió al Registrador demandado con base en que la cláusula omitida en su calificación por aquél era de naturaleza personal; pero la Audiencia Provincial estimó el recurso al entender que tal cláusula quedaba incluida en el artículo 51.6.ª RH por su trascendencia real. El TS desestima todos los motivos del recurso, aunque encuentra otra fundamentación para mantener la condena pues, a su parecer, la cláusula-

la discutida podía configurar un retracto convencional de indudable naturaleza real. Dejando abierto el tema, razona la sentencia que la mera posibilidad de plantearlo razonablemente hubiera obviamente requerido la calificación motivada del Registrador, en uno u otro sentido. Es probable que la defensa del Registrador se haya centrado más bien en demostrar la no inscribibilidad de la discutida cláusula, es decir, en los aspectos de derecho sustantivo, en lugar de profundizar sobre el alcance y límites de su deber profesional al iniciarse el trámite registral. Al no hacerlo así, la Sala concluye que ha incurrido en responsabilidad civil. De este modo la facultad calificadora que contradistingue a la función registral queda completada en su dimensión de responsabilidad, menos atrayente y grata para los interesados pero, probablemente, igualmente valiosa e imprescindible para la sociedad. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**45. Subasta pública judicial. Transmisión de la propiedad.**—Se polemiza en cuanto al momento en el que se produce la transmisión de la propiedad en la subasta pública judicial. Existen dos momentos: la necesidad del otorgamiento de escritura pública para la consumación de la transmisión de la propiedad; o la aprobación judicial de remate. Un criterio jurisprudencial anterior, constante en las decisiones judiciales, mantuvo la exigencia del otorgamiento de la escritura pública (STS de 5 de enero de 1899, 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero de 1960 ...). Se produce una evolución en la decisión judicial hacia la aprobación judicial de remate únicamente para producir la consumación de la transmisión, y la adjudicación al rematante, consumándose la venta judicial. La enumeración que se realiza en los artículos 1462.II a 1464 CC acerca de las formas espiritualizadas de tradición, no cabe considerarla como taxativa, o *numerus clausus*, de manera que la adjudicación que el Juez realiza al rematante se le atribuye el carácter de tradición simbólica.

El título, por tanto, se configura como la aprobación del remate, y el modo, la adjudicación de la finca al rematante. La escritura pública, necesaria para la inscripción en el Registro de la Propiedad, no es imprescindible para que se produzca la tradición instrumental (SSTS de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992). Se hace referencia a la STS de 13 de octubre de 1998, en la que se acentúa «el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta pública judicial y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical».

**Tercero hipotecario.**—La aplicación del artículo 34 LH supone que en el momento de la adquisición del derecho, los adquirentes desconocen la inexactitud registral. Se consideran como terceros adquirentes a título oneroso de aquel que según el Registro de la Propiedad podía transmitir el dominio, de buena fe, al desconocer la inexactitud registral. (STS de 14 de octubre de 2002.)

HECHOS.—El 22 de septiembre de 1980, don A. M. B. como vendedor, celebró contrato de compraventa de la finca litigiosa, con don S. S. G., venta que en juicio penal por alzamiento de bienes se declaró nula en sentencia, que resultó firme el 15 de marzo de 1991. Por otro lado, el 26 de marzo de 1988 se dictó sentencia de remate contra ambos (comprador como titular registral, y vendedor) en juicio ejecutivo, donde ambos demandados permanecieron en rebeldía sin poner en conocimiento la situación procesal de la finca hasta el 14 de noviembre de 1990. Se adjudica dicha finca en subasta pública el 2 de octubre de 1990. El remate fue aprobado el 4 de octubre del mismo año a favor de las entidades S. S. A. y A. y V. S. A., sin embargo la escritura pública se otorgó por el Juez el 3 de abril de 1991, tras la declaración de nulidad de la compraventa.

Ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de La Palma del Condado, se presentó demanda por parte de don A. M. B., por la que solicitaba la declaración de propiedad de la finca del actor, así como la nulidad de la escritura pública de adjudicación y de inscripción. Se desestimó la demanda por el Juzgado, y se recurre en apelación, desestimando nuevamente la Audiencia Provincial. Se presenta recurso de casación ante el TS con base en la infracción de los artículos 609 y 1095 CC, así como del artículo 34 LH. Se fundamenta la existente transmisión de la propiedad a través de la adjudicación judicial, sin necesidad de escritura pública; y la configuración de las entidades mercantiles adjudicatarias como terceros hipotecarios.

NOTA.—En lo que se refiere a la transmisión de la propiedad en subasta pública judicial, la sentencia anotada continúa con la línea jurisprudencial marcada en los últimos años, tales como la STS de 1 de septiembre de 1997, en la que se aclara que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica, de manera analógica a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública, ya que «la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario» (FD 6.<sup>o</sup>). (P. S. S.)

**46. Competencia de los Tribunales de instancia.**—Es doctrina reiterada del TS la que declara que en los procedimientos relativos al dominio (acción reivindicatoria, acción declarativa), corresponde a los Tribunales de instancia la valoración de la prueba del dominio, y, en concreto, la determinación de la suficiencia del título de legitimación del propietario.

**Indeterminación de la finca.**—La acción reivindicatoria requiere, entre otros presupuestos, que no exista duda sobre la coincidencia entre el objeto reivindicado y aquel del que es propietario el demandante, que debe estar perfectamente determinado. (STS de 22 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante ejercitó una acción declarativa de dominio y una acción reivindicatoria frente a los demandados, e instó la declaración de nulidad de una escritura pública otorgada por estos en rectificación de los linderos y datos catastrales de una finca

registral, así como la nulidad de la inscripción correspondiente a la rectificación de los datos del inmueble. En ambas instancias se desestimó la demanda. En casación se impugnó la apreciación de la prueba y el TS desestimó el recurso. (C. J. D.)

**47. Acción de deslinde. Deslinde unilateral. La construcción unilateral de un muro de cierre de la finca colindante no elimina el requisito de la confusión de linderos.**—La existencia del muro construido por la demandada, al no ser aceptado por la actora, ni constar el mismo en documento público ni privado alguno ni haber sido reconocido como tal judicialmente, no puede ser tenido a priori como elemento delimitador de las fincas colindantes, por lo que se da la confusión de linderos que es presupuesto de la acción de deslinde (STS de 21 de junio de 1977).

**Acción reivindicatoria. La apreciación de la concurrencia del requisito de la identificación de la cosa es cuestión de hecho que pertenece a la apreciación del tribunal de instancia, no revisable en casación.**—Es reiterada doctrina jurisprudencial, a efectos del recurso de casación, la que considera que todo lo relativo a la identificación de la finca o cosa reivindicada es cuestión de hecho que no es revisable en casación —STS de 10 de junio de 1961—; que la identificación de la finca implica un juicio comparativo confiado al tribunal de instancia con carácter fáctico —STS de 7 de octubre de 1985—; y que el éxito de la acción reivindicatoria exige prueba cumplida de la identidad de la cosa, acreditando que el predio reclamado es precisamente el mismo a que se refieren los títulos y demás pruebas en que el actor funde su pretensión; problema que, por su carácter fáctico, está atribuido a la competencia del tribunal de instancia (STS de 30 de noviembre de 1988).

**Accesión invertida. Requisitos. La construcción de un muro sobre suelo ajeno con el fin de separar ambas fincas no puede reputarse edificio a los efectos de la accesión invertida.**—La doctrina jurisprudencial ha precisado los requisitos que han de concurrir para que se dé la accesión invertida y ha señalado como tales: *a)* que quien la pretenda sea titular de lo edificado; *b)* que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; *c)* que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; *d)* que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior al del suelo invadido; y *e)* que el edificante haya procedido de buena fe (STS de 22 de marzo de 1996). Tales requisitos no se dan en el presente caso. No puede calificarse como «edificio», según la definición que del mismo da el Diccionario de la Real Academia, el muro de hormigón construido para separación de ambas fincas. Todo el muro ha sido levantado en el terreno que se declara ser propiedad de la actora. Y, por último, no puede afirmarse la existencia de buena fe en quien, eludiendo acudir a los cauces procesales, para proceder al deslinde, ante la falta de acuerdo, procede de forma unilateral a deslindar las fincas mediante ese cerramiento de hormigón. (STS de 14 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante ejercitó acumuladamente las acciones de deslinde y reivindicatoria frente a su colindante, el cual había amurallado unilateralmente su finca, apropiándose de una franja de terreno perteneciente a la de la actora. El demandado opuso, entre otras razones, la accesión invertida, que se habría operado a su favor, merced a la construcción del muro de cierre, que vendría a

tener más valor que la superficie ajena ocupada. El Juzgado de Primera Instancia de Cangas desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra estimó en parte el recurso de apelación de la actora y, asimismo, estimó parcialmente su demanda, condenando a los demandados al deslinde solicitado, así como a la restitución de la zona ocupada, así como a derribar el muro construido. El TS no dio lugar al recurso de casación planteado por el demandado. (*I. D. L.*)

**48. Propiedad horizontal: idioma de celebración de la Junta General ordinaria.**—A pesar de que el artículo 3.1 CE establece que el castellano es la lengua oficial del Estado, el TS considera que esto no impide que en las relaciones jurídico-privadas pueda utilizarse una lengua extranjera, si así lo aconsejan las circunstancias y la naturaleza del acto. Por lo tanto no puede considerarse un vicio la celebración en idioma inglés de una Junta General ordinaria, cuando su utilización está plenamente justificada (más de la mitad de los propietarios son de nacionalidad británica). (**STS de 15 de noviembre de 2002**; ha lugar.)

**HECHOS.**—Dos propietarios interponen demanda contra *Comunidad de Propietarios El Rancho*, solicitando la nulidad radical de la Junta General ordinaria, ordenando se celebre una nueva Junta en idioma español con traducción a tantos idiomas como propietarios de diferentes nacionalidades existan.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial, declarando la nulidad de la Junta General ordinaria. El TS estima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia. (*S. E. M.*)

**49. Doctrina jurisprudencial sobre la venta de libros de texto por su precio fijo, pero obsequiando a los compradores con un veinticinco por ciento del total de la compra en puntos canjeables dentro del mismo centro comercial por artículos o productos distintos de los propios libros de texto.**—Las razones fundamentales de tal doctrina son las siguientes:

a) La Ley del Libro y el Real Decreto 484/1990, pese a la exigencia del precio fijo, no eliminan por completo el principio de libre competencia siempre que dicho precio se flexibilice sobre facturas diferentes de sí mismo.

b) Tal previsión normativa de la libre competencia establecida sobre factores diferentes del precio concuerda con la licitud de los obsequios o prácticas comerciales análogas, según el artículo 8 de la Ley de competencia desleal, cuando las ventajas a obtener se desvinculen de cualquier compromiso ulterior, así como con las posibilidades que abre el artículo 9 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

c) En las campañas cuestionadas el precio del libro tenía que desembolsarse íntegramente, y la ventaja generada por su adquisición era únicamente un obsequio materializable en un objeto concreto del mismo establecimiento cuyo precio coincidiera con el valor del obsequio o al que se aplicara dicho valor.

d) El artículo 6.4 CC no es aplicable a una actividad ajustada a la Ley de competencia desleal en relación con el Real Decreto 484/1990, pues en tal caso ninguna norma se elude desde otra y, en definitiva, dicha actividad no supone más que el legítimo ejercicio de un derecho. (STS de 30 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La *Asociación de Libreros de Cartagena y su Comarca* demandó a una conocida sociedad propietaria de grandes superficies solicitando que se declarase como competencia desleal la práctica de vender los libros de texto con un veinticinco por ciento de descuento, que se prohibiera en sucesivas campañas esta práctica desleal, se indemnizara a la demandante en la cantidad que se fijase en ejecución de sentencia y se publicara en un periódico, a costa de la demandada, la condena que recayera en el procedimiento. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente y declaró como competencia desleal la práctica de vender los libros de texto con un veinticinco por ciento de descuento y prohibiendo a la demandada que vuelva a incurrir en esta práctica desleal en sucesivas campañas. La demandada recurrió en casación y alegó la jurisprudencia que versa sobre litigios promovidos contra la misma demandada por la venta de libros de texto en idénticas condiciones. El TS estimó el recurso de casación, rechazando íntegramente la demanda. (L. F. R. S.)

#### 50. Legitimación de las entidades de gestión de derechos de autor.—

Las entidades de gestión, una vez que están constituidas y autorizadas, tienen legitimación para hacer valer los derechos confiados a su gestión en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos. En esta labor se incluyen aquellos derechos cuya gestión constituye el objeto de su actividad, conforme a los Estatutos que las rigen y no conforme a los concretos derechos individuales, en virtud de contratos con los titulares. Así, la *SGAE* posee legitimación activa para defender en juicio los derechos a los que se extiende su actividad (SSTS de 29 de octubre de 1999 y de 18 de octubre de 2001).

Se reconoce la legitimación de la *SGAE*, exigiendo únicamente la aportación de dos documentos: la autorización administrativa que habilite la gestión y los Estatutos debidamente aprobados. No es necesaria la acreditación documental de la relación contractual establecida entre la *SGAE* y los titulares del derecho de comunicación pública, pues eso haría ineficaz el sistema de protección y defensa. (STS de 15 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La *SGAE* demanda a la entidad *Radio Archipiélago S. L.*, emisora de radiodifusión, por haber llevado actos de comunicación pública de obras musicales sin contar con la debida licencia de la actora y sin abonar los correspondientes derechos. El Juzgado estima íntegramente la demanda, pero la Audiencia la revoca en apelación señalando la falta de legitimación *ad causam* de la actora. La *SGAE* interpone recurso de casación, donde el TS declara haber lugar al mismo. (S. L. M.)

**51. Constitución del derecho de superficie.**—El derecho de superficie supone la desmembración o una limitación fuerte del dominio y constituye una excepción al principio de *aedificium solo cedit* (art. 358 CC). Este derecho no puede presumirse, por lo que se ha de constituir expresamente, mediante la escritura de creación o algún otro documento justificativo, para que se reconozca su existencia (STS de 27 de marzo de 2001). La creación de este derecho entre particulares no requiere la inscripción registral (esta no tiene carácter constitutivo), ya que la eficacia de los contratos no depende de las formas externas, sino de la concurrencia de los requisitos que establece el artículo 1261 CC, salvo que se trate de contratos estrictamente formales. Cuando se persigan intereses particulares, el derecho de superficie no queda sujeto al requisito de inscripción registral constitutiva.

El principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión de un sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales han permitido la constitución de derechos de superficie cuando así lo convengan los interesados.

**Diversidad de normativa reguladora del derecho de superficie.**—A partir de 1956, el legislador empieza a regular esta figura en la Ley del Suelo, al considerarla que podría ser útil para promover la edificación sobre terrenos de la Administración. Esta ley permite que ese derecho sea constituido también por particulares, sin necesidad de que estos buscaran el perseguir fines de utilidad pública o interés general. La Ley del Suelo contiene preceptos imperativos y constituyen una excepción al principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, luego sólo puede explicarse su aplicación a aquellos casos en que existan finalidades de interés público (para los casos de intereses particulares se aplicará el Código civil).

Un sector de la doctrina entiende que el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: 1) la urbana común (cuando se pretende la satisfacción de intereses particulares y se regula por las normas del Código civil); 2) la urbanística (es un instrumento que utiliza la Administración para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, y se rige por las normas de la Ley del Suelo). Los sujetos, la actuación de los mismos y las finalidades hacen necesaria tal diversidad normativa. (STS de 26 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. C. E. interpone demanda contra la *Asociación de Propietarios de Chalés y Parcelas Fuente del Fresno*, solicitando la nulidad del contrato de cesión de derecho de superficie que constaba en escritura pública, pues carecía de objeto (el derecho no se constituía sobre una parcela de la Asociación, sino sobre un local), de causa (por la imposibilidad de destinar el local a la finalidad prevista), y de forma (por no haberse logrado la inscripción en el Registro); igualmente se solicita la restitución a don R. C. E. de las cantidades pagadas a la Asociación. Esta pretende la validez del contrato de cesión del derecho de superficie y de la escritura pública correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión del demandante.

Se presenta apelación ante la Audiencia Provincial. Esta declara probados una serie de datos: 1) el 10 de mayo de 1989 los litigantes celebran un pacto por el cual se acuerda la cesión a don R. C. E. del derecho de superficie sobre uno de los locales destinados para la

zona comercial de la urbanización; asimismo, el destino sería el de oficina de farmacia; 2) tras la construcción de los locales comerciales, la Asociación otorga escritura de obra nueva (inscrita en el Registro de la Propiedad); 3) en escritura pública de 29 de mayo de 1990, la Asociación cedió a don R. C. E. el derecho de superficie sobre el local acordado; 4) solicitada la inscripción, fue denegada porque los locales construidos no costaban inscritos como fincas independientes y porque no se considera posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente ya tenía construido. La Audiencia revoca la resolución de primera instancia y declara la nulidad del contrato de cesión y la devolución de la cantidad debida.

La Asociación formaliza el correspondiente recurso de casación, declarando el TS haber lugar al mismo. (S. L. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**52. Capitulaciones matrimoniales: modificación en perjuicio de acreedores: rescisión.**—Al pactar el cambio de régimen económico ya había nacido la obligación de pago al Banco de las cantidades descontadas por parte del marido fiador solidario; aun cuando la satisfacción de una obligación sea venidera debido a que su exigencia depende de un vencimiento futuro, y aunque antes no pueda ser judicialmente objeto de reclamación aquella deuda, no por ello el deudor o su fiador solidario están dispensados de observar una conducta que suponga detrimento de su solvencia inicial; por ello se acuerda la rescisión de las capitulaciones en las que se había pactado el régimen de separación de bienes y la adjudicación a la esposa de todos los inmuebles de la sociedad de gananciales.

**Estimación parcial de la demanda en primera instancia: no procede la imposición de costas al demandado en ninguna de las instancias.**—La imposición de costas en primera instancia sólo procedería si se hubiera apreciado temeridad, y al no haberse declarado así debe estimarse el recurso en este extremo. (STS de 27 de noviembre de 2002; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

**53. Sociedad legal de gananciales: bienes privativos: artículo 1346 números 2.º y 6.º CC.**—Las sumas ingresadas en la sociedad conyugal procedentes de herencia y de una indemnización por daño a la persona, constituyen bienes privativos de la esposa, y al no haberse probado que la suma se destinara a la adquisición de bienes determinados, sino que, simplemente, confundida con el dinero ganancial se dedicó al sostenimiento de las cargas y obligaciones de la sociedad, procede, en aplicación del artículo 1364 CC que se reconozca su derecho a ser reintegrada de su valor a costa del patrimonio común. Debiendo rectificarse las partidas reconocidas de la liquidación de la sociedad en el sentido de reconocer a la esposa el crédito de la suma aportada en su día en concepto de bienes privativos, que deberá abonársele a cargo de los bienes remanentes, mediante los reajustes o venta de bienes en ejecución de sentencia. (STS de 14 de enero de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

**54. Venta de una vivienda de protección oficial.**—Cabe la posibilidad de venta de una vivienda de protección oficial por encima de su precio real; se trata con ello de evitar la descalificación (STS de 11 de julio de 1995). Sin

embargo, ello lleva consigo la imposición de unas sanciones administrativas. Esas sanciones se refieren a la prohibición de percibir un precio superior al precio máximo fijado, pero no al hecho mismo de la venta (la venta es válida). La venta de una vivienda de protección oficial por encima de los precios máximos de venta, aunque conlleve una sanción administrativa, no afecta a la validez de los contratos celebrados (STS de 4 de junio de 1993).

Los precios de adquisición de este tipo de viviendas permanecen constantes todo un año; a partir de la calificación se autoriza su actualización para sucesivas transmisiones. Las sucesivas transmisiones no se prohíben, y si se producen por encima de los precios máximos oficiales, no son radicalmente nulas, sino que se incurrirá en una infracción administrativa, con la correspondiente sanción y pérdida de beneficios.

**Valoración de las viviendas de protección oficial que forman parte de una sociedad de gananciales.**—El artículo 1410 CC señala que en lo no previsto en ese capítulo se observarán las reglas de la partición y liquidación de la herencia, es decir, permite la rescisión de la liquidación que cause perjuicio en más de la cuarta parte. Se ha de buscar la igualdad en la liquidación; para ello se tienen que hacer lotes y adjudicar a cada cónyuge cosas de la misma naturaleza, calidad o especie (se hace una aplicación analógica del art. 1061 CC). En cuanto a la valoración de la vivienda de protección oficial, esta ha de hacerse tomando el precio del mercado y no los precios oficiales tasados de venta. (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don I. A. M. promueve demanda contra su esposa, doña M. A. S. A. N., sobre disolución de sociedad de gananciales, suplicando se declare el deber de la demandada de formalizar en escritura pública las operaciones divisorias de los bienes de la sociedad de gananciales, conforme a lo acordado en el convenio regulador de la separación, aprobado por sentencia dictada en autos 311/89. Doña M. A. S. A. N. plantea reconvencción en la que suplica que se estime la acción de rescisión del acuerdo sobre liquidación de la sociedad de gananciales entre ambos cónyuges, se declare nulo el convenio liquidador y se decrete que dicha sociedad de gananciales no está liquidada. El Juzgado dicta sentencia por la que estima la demanda interpuesta por don I. A. M. y obliga a la demandada en todas las pretensiones de aquél.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo desestima y confirma la resolución anterior. Se recurre en casación ante el TS, que declara haber lugar al mismo. (S. L. M.)

**55. Filiación matrimonial: legitimación activa para su impugnación.**—La reglamentación del Código civil sobre legitimación para el ejercicio de acciones de impugnación de la filiación aparece inspirada por el principio de que la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperada por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales, de tal forma que se establece un sistema en el que la legitimación activa aparece mucho más restringida que aquella que se fija para impugnar una filiación no matrimonial, en cuyo caso es también más limitada si media posesión de estado.

**Impugnación de la filiación no matrimonial después del matrimonio de los padres.**—Por el matrimonio de los padres el estado de la filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen, y se cumple la prevención del artículo 119 CC de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento, y tal reconocimiento deja sin efecto la indeterminación de la filiación no matrimonial en cuanto a la paternidad.

**Impugnación por hija de matrimonio anterior.**—No puede invocar el artículo 140 CC alegando que los derechos hereditarios que le correspondan en un futuro resultarán perjudicados, pues este precepto se refiere únicamente a la filiación no matrimonial, y en el presente caso la filiación se ha convertido ya en matrimonial a tenor del artículo 119 CC; en todo caso, y aun cuando se aceptara la aplicación a la recurrente del artículo 140 CC, en este caso, la acción habría caducado por el transcurso de cuatro años que establece el párrafo 2.º, y que fue oportunamente alegada en la instancia. (STS de 28 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La hija de matrimonio anterior impugna el reconocimiento que su padre realizó, al día siguiente de contraer matrimonio, subsiguiente a un divorcio, respecto de la hija habida anteriormente por su segunda esposa y reconocida inicialmente sólo por ella. Este supuesto permite recordar la fuerte discusión doctrinal, al tiempo de promulgarse la Ley de 1981, acerca de la subsistencia después de la reforma de la filiación legitimada *per subsequens matrimonii* [recogida por García Cantero, puesta al día de Castán, *Derecho Civil español, común y foral*, V-2, 10.ª ed. (Madrid 1995) pp. 138 ss.]. La mayoría de la doctrina ha entendido que la institución pervive, aunque no su denominación (no ha logrado éxito lo de *matrimonialización sucesiva*, probablemente por ser un neologismo poco eufónico) y, desde luego, sigue produciendo efectos, a veces un tanto sorprendentes. La hija sospecha que su padre ha hecho un reconocimiento de complacencia (su actitud procesal de rebeldía en este proceso parece confirmarlo). Se le opondrá que el artículo 140 sólo se refiere a la filiación no matrimonial [parece ser esta la opinión de Rivero Hernández, *Comentarios Ministerio de Justicia I* (Madrid, 1991) p. 517] y que la hija en cuestión ya es legítima. A mayor abundamiento, que aunque pudiera ampararse en aquel precepto, la acción había caducado. La paz de la nueva familia debe prevalecer sobre la eventual verdad biológica; cabría interrogarse si esta última afirmación es *ratio decidendi* o, más bien, *obiter dictum*. (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**56. Partición sin liquidación previa o simultánea de la comunidad de gananciales: doctrina general.**—Con carácter previo hay que fijar la postura de esta Sala frente a la partición de la herencia de un causante cuando no se ha practicado, previa o simultáneamente, la liquidación de su comunidad de gananciales, sea esta única o sean dos por haber concurrido dos matrimo-

nios sucesivos. La nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil, sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico; se producirá, por tanto, aquélla cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva, o cuando concorra un vicio de consentimiento, o un defecto de capacidad. Como presupuesto o elemento esencial se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante, y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales; en otro caso, se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno.

**El artículo 1409 CC: facultades de albaceas, contadores y partidores.**—El vigente artículo 1409 CC coincide con el texto del derogado artículo 1431 CC, y contiene una norma de liquidación de más de una comunidad de gananciales correspondientes a varios matrimonios sucesivos; presupone la falta de exacta constancia de los patrimonios gananciales y establece una primera exigencia de prueba y, subsidiariamente, una norma presuntiva. En el presente caso, nada se ha observado, sino que, simplemente, se ha ignorado una evidente comunidad de gananciales que ciertamente existió y nadie pone en duda, y se ha practicado una partición como si aquélla no hubiera existido; es decir, *sin la determinación del patrimonio que correspondía al causante, que no incluye a la parte de gananciales que correspondía a su primer cónyuge*. Es de tener en cuenta lo expresado en STS de 8 de marzo de 1995 que, en casos como el aquí comprendido, los albaceas, contadores y partidores están facultados para liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención de los partícipes-herederos de la primera esposa del causante, y en la segunda sociedad ganancial, de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho, ni siquiera intentado. (STS de 17 de octubre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Dice el FD 1.º que el presente proceso es un *típico pleito de familia*. El matrimonio formado por don L. y doña R. tuvieron seis hijos, falleciendo la esposa en 1934; el viudo reiteró matrimonio en 1940 con doña E., unión de la que nació una hija. Nada se dice sobre las relaciones mantenidas por ambas familias a lo largo de tan dilatado período de tiempo. Una vez fallecido don L., se procede a la liquidación de la segunda sociedad de gananciales y a la partición de sus bienes sin haber liquidado la primera. Contra ella se alza uno de los hijos del primer matrimonio, que ve desestimada su demanda en ambas instancias. Con clara finalidad pedagógica la sentencias, de la que ha sido Ponente O'Callaghan Muñoz, estima el recurso y sienta la razonable doctrina extractada.

Este precepto ha atraído la atención de la doctrina [recogida en García Cantero, puesta al día de Castán Tobeñas, *Derecho Civil español, común y foral*, V-1.º, 12.ª ed. (Madrid 1994) pp. 562-564]. Su ámbito de aplicación es más amplio que su dicción literal, pues se ha dicho con razón que no es necesario que se trate de dos matrimonios disueltos, ni siquiera que haya disolución de algún matrimonio ya que se aplica igualmente a dos matrimonios declarados nulos sucesivamente; se requiere la concurrencia de un mismo cónyuge concurrente en ambas sociedades, pero no hay obstáculo para que en ambas sociedades los interesados sean las mismas personas [así,

García Urbano, *Comentarios Ministerio de Justicia II* (Madrid 1991) pp. 805]. La admonición dirigida a los prácticos me parece oportuna pues al supuesto clásico de la reiteración de matrimonio por el viudo se añaden ahora los frecuentes casos de nuevas nupcias postdivorcio. El llamamiento a la actuación en cada caso de albaceas, contadores o partidores, habrá que interpretarlo y adaptarlo a tenor de las circunstancias, pues puede haber un albacea o contador-partidor designado por el primer cónyuge que todavía conserven facultades de actuación al abrirse la sucesión del binubo. (G. G. C.).

## DERECHO MERCANTIL

**57. Propiedad industrial. Marca, nombre comercial y rótulo. Requisito de uso en España del nombre comercial.**—La doctrina del TS minimiza, hasta casi eliminar, el requisito del uso en España del nombre comercial como condición para su protección cuando sea la denominación o razón social de su titular, bastando entonces su utilización antecedente en el país de origen que a su vez sea signatario del Convenio de la Unión de París.

**Propiedad industrial. Marcas, publicidad y competencia desleal: interés protegido.**—La evolución de nuestro ordenamiento en materia de marcas, publicidad y competencia desleal, más todavía con el último paso constituido por la nueva Ley de marcas 17/2001 (*RCL 2001/3001*), establece que lo decisivo no es tanto el interés de los empresarios como la protección del consumidor, sujeto protegido que en el caso examinado sin duda era inducido a error en cuanto que el local sito en Madrid aparentaba estar avalado por el prestigio de una marca caracterizada por la alta categoría de sus establecimientos abiertos en muy importantes ciudades de Europa y Estados Unidos, hasta el punto de que, como se declara probado en la sentencia impugnada y consta documentalente en las actuaciones, incluso la prensa española asoció el local de Madrid a los que la entidad titular de la marca tenía en París o Nueva York. (**STS de 31 de mayo de 2002**; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Caviar Petrossian, S. A.*, interpuso demanda contra *Grupo Madrid 89, S. L.* y *Petrosiam Madrid, S. L.*, solicitando, entre otras cuestiones, el cese del uso de la denominación Petrosiam y retirada de tal denominación del local cafetería bar que poseen los demandados en Madrid. El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 14.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**58. Nulidad de la marca: denominaciones genéricas.**—En virtud del artículo 11.a) y 11.b) LM 1988, no pueden registrarse como marca los signos genéricos (denominaciones que indican propiedades y caracteres comunes de los productos). El TS afirma que aun siendo factible que el titular de una marca descriptiva continúe con el uso de la misma si demuestra que dicha marca descriptiva ha adquirido un carácter distintivo, cuando se trate de una

denominación genérica de un producto o servicio, no es posible la subsanación de la causa de nulidad absoluta por el uso posterior por el titular o por un tercero. Por ejemplo, el TS considera que la denominación «Puente aéreo» para servicios en el transporte aéreo mercantil es genérica y, por ello, no es susceptible de constituir una marca registrada. (STS de 9 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Iberia, Líneas Aéreas de España, S. A.*, formula demanda contra *Air España, S. A.*, solicitando que se declare a la actora titular de un derecho de propiedad industrial sobre el signo «Puente aéreo» y que se condene a la demandada al cese en la utilización de dicho signo, así como al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La demandada formula demanda reconvenicional en la que solicita la declaración de nulidad de la citada marca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada y desestima la demanda reconvenicional, ambas en todos sus términos. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estima, declarando la nulidad de la marca «Puente aéreo». El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto e impone las costas a la sociedad recurrente. (S. E. M.)

**59. Derecho de marca: caducidad parcial.**—Es necesario matizar el contenido del artículo 4.4 LM 1988 que declara que el uso de una marca para un producto o servicio determinado sirve para acreditar tal uso con respecto a productos o servicios que la norma contempla, pudiendo el uso limitado de una parte de los productos o servicios integrados de la marca abarcar todos los productos y servicios de la misma clase del Nomenclátor internacional. Este precepto, además de conducir a una marca estática, resulta incompatible con la posibilidad de caducidad parcial del derecho de marca que contempla el artículo 54 de la citada ley; a la vez que resulta contrario a la normativa de Derecho comunitario [Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988, (89/104 CEE)]. La jurisprudencia del TS (entre otras la STS de 5 de abril de 1994) considera necesario admitir la posibilidad de la caducidad parcial (tan sólo para los productos y servicios afectados), ya que así no se vacía de contenido el artículo 54 y se adecua el derecho interno a la normativa comunitaria (SSTS de 18 de marzo de 1995 y 8 de noviembre de 1996).

En apoyo de lo anterior, destaca el TS que la nueva Ley de marcas de 7 de diciembre de 2001, al tratar del uso de la marca en su artículo 39, no incorporó el párrafo cuarto del artículo 4 de la ley anterior, si bien mantiene la posibilidad de caducidad parcial de la marca (art. 60) e impone la obligatoriedad en el uso de la marca registrada. (STS de 24 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La mercantil *United Distillers PLC* interpone demanda contra la mercantil *Bodegas Irache, S. L.*, por la que se solicita que se declare la caducidad por falta de uso de la marca «Parranda» para todos los productos que reivindica en la clase 33 del Nomenclátor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta. Contra la referida sentencia la sociedad demandante interpu-

so recurso de apelación, que estimó parcialmente la Audiencia Provincial declarando la caducidad parcial por falta de uso de la marca para los productos de la clase 33 del Nomenclátor, «Vinos de todas las clases, Aguardientes, Anisado y Licores», pero permaneciendo vigente para «Bebidas alcohólicas». El TS desestima en casación el recurso interpuesto por la mercantil demandante y confirma la sentencia de la Audiencia. (S. E. M.)

**60. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva.**—Ha declarado esta Sala que el artículo 11 de la Ley de competencia desleal «proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida (STS de 7 de junio de 2000 en recurso 2484/1995) y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye competencia desleal (STS de 6 de junio de 1997 en recurso 1611/1993).

**Falta de exclusiva sobre la presentación de las sartenes, unido a la falta de singularidad en el mercado del sector.**—En suma, la recurrente pretende que el juicio del Tribunal sentenciador sobre la comparación del producto sea (*sic*) por el suyo o por el del Juez de Primera Instancia, pero lo hace deformando por completo el resultado de la prueba pericial practicada en la segunda instancia y olvidando que ni la presentación de las sartenes protegiéndolas con un cartón circular ni el fondo superior en celda estaban amparados por un derecho de exclusiva de la actora-recurrente, así como que tampoco eran algo singular en el mercado del sector. (STS de 13 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una conocida sociedad francesa y su filial española demandaron a una sociedad, a la que imputaban la infracción de la legislación de marcas y de competencia desleal al imitar las sartenes de las demandantes. El Juez de Primera Instancia negó la infracción de la legislación de marcas y estimó parcialmente la demanda por apreciar una serie de elementos similares en ambos modelos de sartenes que generaban el riesgo de confusión en el usuario medio. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, se practicó en segunda instancia la prueba pericial que había sido admitida en la primera instancia pero que no llegó a practicarse por causa no imputable a la demandada. La Audiencia Provincial tuvo en cuenta ese dictamen para admitir el recurso y desestimar completamente la demanda, al considerar que las características comunes entre los dos modelos de sartenes eran extensibles a otros muchos fabricantes del sector. (L. F. R. S.)

**61. Competencia desleal: consideración desde la perspectiva de los concurrentes en el mercado.**—«La competencia libre en el mercado es sancionadora de una ilícita concurrencia entre los protagonistas empresariales no sólo en la línea definitoria y evolutiva, sino, en especial, al socaire de la Ley 3/1991, de 10 de enero. Hablar de competencia desleal *ab initio*, como así se llama la ley, aduce a una concurrencia mercantil en el mercado, en el que se presenta la actividad de las empresas intervinientes y, que afin, con el principio constitucional de libertad de mercado, esa competencia, concurrencia o participación ha de ser libre o sin cortapisa alguna, en el bien entendido, siem-

pre que se respete la del otro o la de los demás, y de ahí que se hable de desleal o no leal, esto es no respetuosa con los intereses de los demás, cuando el comportamiento del concurrente discorra en actos irregulares o perjudiciales para los demás o contrarios a esa lealtad que determina que se condene lo que así se obtenga no dentro del juego de la libertad competitiva, sino por el empleo de arduos que aprovechen para sí lo que se ha logrado con el esfuerzo de otros. No es leal cuando se contraviene la buena fe en ese mercado concurrente o se actúe vulnerando los principales elementos de respeto a lo ajeno o se consigan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás. De ahí que la competencia desleal, considerada en su primera delimitación, juega solo entre los entes concurrentes en el mercado, y así fue la inicial o histórica respuesta de su normativa sancionada, en su anterior ordenación: tutelar intereses que se perjudican por actos desleales de la competencia. En una fase posterior se proyectó la disciplina en relación con el destinatario del fenómeno concurrente, en torno a los intereses de los receptores de la citada concurrencia, los usuarios, ya que era lógico que, sin esta tutela, padecerían el riesgo o perjuicio de la confusión por imitarse como auténtico lo que no lo era. Tutela, pues, del empresario concurrente y del usuario o consumidor son ambos polos que subsumen el postulado de la legislación imperante como así lo reconoce nuestra Ley especial 3/1991, de 10 de enero, y subraya su Exposición de Motivos que, incluso, se incorpora como novedad, el tríplico de protección, tanto de los intereses privados de los empresarios como el colectivo de los consumidores, como el público en general (SSTS de 6 de junio y 17 de julio de 1997, 22 de enero y 29 de octubre de 1999, 19 de febrero y 16 de junio de 2000, 28 de septiembre de 2001, 30 de mayo y 20 de septiembre de 2002 y 14 de julio de 2003)».

**Acción de cesación por competencia desleal.**—La Ley se encarga de abarcar en su presupuesto de legitimación ambos ataques a la lealtad concurrente. «Cuando es el empresario el perjudicado, puede accionar demandando la tutela del artículo 19.1, que dice así: “*Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior*”. Cuando el ilícito perjudique directamente al consumidor, su legitimación está prevista tanto individual como colectivamente, a través de las Asociaciones que la representen *ex* artículo 19.2: “Las acciones, contempladas en los números 1 a 4 del artículo anterior, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros, b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores”, STS de 14 de julio de 2003)».

**Prescripción de la acción de cesación por competencia desleal.**—«El artículo 21 para la fijación del cómputo inicial del plazo de un año establece dos momentos: el que corresponde a aquel en el que la acción puede ejercitarse y cuando el legitimado activamente tiene conocimiento, que debe ser preciso y suficiente, de la persona que realizó el acto de competencia desleal. Se trata de un conocimiento identificador. El artículo 21 obliga a que se tengan en cuenta los dos requisitos que comprende, es decir, el momento en que las acciones pueden ser ejercitadas y el del conocimiento de la persona que realizó el acto constitutivo de competencia desleal, actuando como primero y

básico que el acto ilícito efectivamente se haya producido y llegue a saberlo el que resulte perjudicado por el mismo, lo que puede coincidir en ese momento la identificación del que resulte ser su autor o, en otro caso, la norma contiene una especie de pausa, en cuanto autoriza la espera para llegar a precisar quién va a asumir la posición de demandado en el pleito que se promoverá, pues es entonces cuando opera el cómputo prescrito de un año y entra en juego, con todos sus efectos negativos, operando la inactividad del interesado en promover el ejercicio de las acciones del artículo 118». (STS de 25 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—En enero de 1986 el recurrente J. A. C. constituyó con otras personas la empresa *Óptica Cuéllar, S. A.* El 5 de abril de 1993 vendió sus participaciones a su esposa e hija y en julio de 1993 estas últimas vendieron sus participaciones a los otros socios. El recurrente decidió registrar como marca y rótulo de establecimiento *Óptica Cuéllar*, lo que fue concedido a pesar de la oposición de la de la demandante *Óptica Cuéllar, S. L.*, abriendo un establecimiento bajo esta denominación. La sociedad demandante envió al demandado, hoy recurrente, por conducto notarial, el 14 de septiembre de 1993, carta en la que le hacía saber su intención de proseguir dos vías jurídicas diferentes para oponerse a su actuación: una de ellas, la oposición a la concesión del rótulo de establecimiento y, la otra, las acciones que regula el artículo 18 de la Ley de competencia desleal.

En sentencia dictada en recurso de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, revocando la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia, se declaró que el demandado había realizado el acto de competencia desleal contra la sociedad actora y le condenaba a cesar en la actividad desleal declarada y para ello debía cesar en la utilización del rótulo de su establecimiento, así como cesar en la utilización del signo distintivo *Óptica Cuéllar* para distinguir las actividades de su establecimiento abierto al público, condenándole, por último, a indemnizar a la actora en la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia.

NOTA.—Puede ser que se atente al *prius* de la tutela, o se perjudique al empresario o por el comportamiento concurrente objetivamente contrario a la buena fe, artículo 5, o por el aprovechamiento indebido por otro, de su reputación o esfuerzo —art. 6.1 de la Ley—. También se puede perjudicar al consumidor cuando, a resultas de ese ilícito, se le confunda con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos o sobre la procedencia de la prestación o producto consumido. Cabe también que no exista esta dualidad en el daño producido en el empresario y en el consumidor y que sólo afecte o perjudique a uno de ellos, sobre todo, en el caso de concurrencia desleal o aprovechamiento del esfuerzo ajeno —tutela del empresario— y, entonces, esa conducta subsumible en el ilícito no puede quedar inmune.

La tutela del consumidor no sólo encuentra protección en la Ley de competencia desleal, sino que, además, cuenta con la diáspora de legislación de la propiedad industrial —Ley de patentes, Ley de marcas— e incluso, a través de la más genérica Ley 26/1984 de 19 de

julio, general para la defensa de los consumidores. El Preámbulo de la última norma mencionada explica el porqué de esta tutela al consumidor: «La Ley disciplina directa e indirectamente la actividad concurrential. El hecho de que a la hora de establecer el cauce jurídico de esa actividad haya tenido en cuenta, muy especialmente, por cierto, los intereses de los consumidores no significa que haya invadido terrenos que no son propios de su regulación; significa simplemente que, en el trance de reglamentar los comportamientos de los operadores del mercado, se ha guiado por la necesidad de reforzar la posición del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado». (M. F. N. C.)

**62. Modelo industrial. Objeto de protección: «todo» en relación a sus partes integrantes. Interpretación.**—En el artículo 182 del Estatuto de la propiedad industrial de 26 de julio de 1929 se recoge el concepto de modelo industrial. Del artículo 184 se deriva que el registro protege el objeto que se obtiene mediante el modelo industrial entendido como un todo, mas no las diferentes partes que lo componen. El precepto citado describe como indicativos de un todo relevante y unas partes necesarias para su integración, partes que, aisladamente, para nada sirven y que no tienen autonomía para su reproducción aislada y útil, comercialmente hablando, por lo que sólo cuentan o tienen sustantividad en cuanto integran ese todo. Los ejemplos normativos son, entre otros, los naipes o las piezas del juego de ajedrez.

**Competencia desleal. Acto de confusión.**—Con la elaboración y posterior distribución de productos amparados por un derecho exclusivo y excluyente, cual es el modelo industrial, el público consumidor entenderá que entre el titular del derecho y quien realiza la explotación existe algún acuerdo. Dado que no existe, el titular registral no puede controlar que dichos productos reúnan las condiciones de calidad que a él se le presuponen, lo que puede perjudicar notablemente a quien los compra. El público consumidor puede verse engañado cuando realice la adquisición pensando que es un producto del titular registral, o que, cuando menos, ha pasado satisfactoriamente los controles de calidad del mismo, y, en realidad, se trate de un producto elaborado y comercializado por quien no es titular del derecho.

**Protección de modelos industriales referidos a piezas de carrocería.**—Existe en nuestro Derecho por varias razones: en primer lugar, porque la oficina Española de Patentes viene admitiendo en España los depósitos de modelos industriales referidos a piezas de carrocería de automóviles, siendo publicados en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*; en segundo lugar, porque en la Clasificación Internacional de los Diseños y Modelos Industriales establecida por el Arreglo de Locarno de 1968, ratificada por España el 2 de julio de 1973, se establece una lista de clases y subclases, en la que se incluye la parte de la carrocería de un vehículo automóvil. (STS de 3 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante *Ford-Werke Aktiengesellschaft* es titular registral de un modelo industrial internacional DM/009246 que tiene por objeto la aleta delantera del vehículo a motor fabricado con la denominación comercial de *Ford Fiesta*.

La demandada *Construcciones Metálicas Aguirre, S. A.*, fabrica para el mercado de repuestos el mismo modelo industrial que es

objeto de inscripción en el Registro Internacional de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

La actora ejercita la pretensión de protección de sus derechos de fabricación exclusiva de la mencionada aleta; la demandada ejercita demanda reconvenicional solicitando la nulidad del modelo industrial.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la acción reconvenicional; el recurso de apelación interpuesto por la demandada es estimado por la Audiencia Provincial que, en consecuencia, declara la nulidad del modelo industrial. (B. F. G.)

**63. Propiedad Industrial. Modelos de utilidad: actividad inventiva.**—Los modelos de utilidad precisan actividad inventiva, y así se les denomina reiteradamente como creaciones de menor intensidad inventiva (en la variada terminología jurisprudencial, se emplean, entre otras, las expresiones de «pequeños inventos», «medio inventos», «invenciones menores», «invenciones de menor importancia» y «modestia inventiva») que las creaciones patentables, limitándose además a aquellas invenciones que, a través de la forma de un objeto, se traducen en una mejora de tipo práctico, en una ventaja en su empleo o fabricación, cuya posición, en general, es extrapolable a las situaciones surgidas bajo el régimen de la Ley 11/1986, la cual, en su artículo 143, ya no ofrece duda sobre la nota de la actividad inventiva en los modelos de utilidad.

**Propiedad Industrial. Modelos de utilidad: características.** Los modelos de utilidad son invenciones para un obrar industrial, que se distinguen por dos notas fundamentales: la forma de un objeto y la ventaja técnica; la primera, se refiere tanto a la configuración externa como a la interna, dada la amplitud de los términos indicados en el artículo 143 de la Ley 11/1986 («configuración, estructura o constitución»); la segunda, detallada en el mismo precepto como «prácticamente apreciable» supone un fin útil, que sea razonable y se pueda reconocer sin dificultad. (STS de 22 de abril de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Burdinola, Sociedad Cooperativa* demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la compañía Romero, muebles de laboratorio, S. A. por violación de modelo de utilidad y competencia desleal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 18.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**64. Contrato de descuento: concepto y requisitos.**—El Banco entrega dinero por letras de cambio que recibe «*salvo buen fin*», de tal modo que si no son pagadas a su vencimiento sin mediar culpa del tenedor puede recabar del descontatario la suma anticipada por aquél y recibida por éste, para lo que está habilitado por una acción causal con sustantividad propia, diferente de la cambiaria, sujeta al plazo de prescripción de quince años, y, si bien la jurisprudencia tiene declarado que la obligación fundamental que compete a los Bancos descontantes, una vez producido el impago de las cambiales descontadas, es devolver éstas al librador descontatario con la misma eficacia jurídica que

tenían cuando le fueron entregadas a virtud del contrato de descuento (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de abril y 22 de diciembre de 1992 y 28 de junio de 2001), asimismo, constituye presupuesto imprescindible para la restitución de las cambiales descontadas por el descontante al descontatario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley cambiaria y del cheque, que, ante su impago por el aceptante, aquél hubiera recibido el importe de las mismas en los términos del contrato de descuento. Dicho requisito deriva tanto de la posición de desventaja, a los efectos del ejercicio de la acción de reembolso, en que quedaría la entidad bancaria al desprenderse de las letras descontadas sin su previo reintegro por el descontatario, como de la situación de enriquecimiento injusto de éste, a quien se anticipó el líquido resultante de la operación de descuento, y, no obstante su oportuna presentación al cobro a su vencimiento a los librados aceptantes realizada por el descontante y de la correspondiente declaración de impago, queda liberado sin haber abonado el importe de las mismas. (STS del T. S. de 24 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Caja Insular de Ahorros de Canarias* promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la *Inmobiliaria Samimar, S. A.* La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Las Palmas de Gran Canaria estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia provincial de Las Palmas estimó en parte el recurso. El TS ha declarado haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**65. Doctrina jurisprudencial sobre los avales a primer requerimiento.**—La entidades demandadas, como ya se indicó, han celebrado un seguro de caución con cláusula anexa de aval a primera solicitud, operación respecto a cuyo contenido y efectos existe una consolidada doctrina de esta Sala (SS de 3 de mayo y 10 de noviembre de 1999; 17 de febrero, 30 de marzo, 5 de julio y 13 de diciembre de 2000, y 12 de julio de 2001, por citar sólo las más recientes) que puede resumirse en la siguiente forma:

1) Aunque la naturaleza jurídica de las operaciones del tipo de la de autos sea discutida y las denominaciones que se les atribuyen sean diversas, los avales a primer requerimiento están plenamente admitidos, por constituir garantías de carácter personal atípicas que se establecen al amparo del principio de autonomía de la voluntad, cuya vigencia en el ámbito de la contratación reconoce el artículo 1255 del Código Civil.

2) Dichas garantías no pueden calificarse de accesorias de otro contrato principal, ya que al garante no le es permitido oponer al asegurado o beneficiario otras excepciones que las que derivan del aval mismo.

3) La obligación que asume el garante es, además, absolutamente independiente de las contraídas en virtud de otro contrato por el tomador al que presta su aval. Ello, sin perjuicio de las acciones que eventualmente surjan a favor de dicho garante, como consecuencia de los pagos que se vea precisado a realizar.

4) En consecuencia, la obligación de pago de la aseguradora que ha formalizado uno de estos contratos surge de forma cuasi automática ante el simple requerimiento del asegurado, quien no precisa acompañar justificación

alguna del tomador del seguro. Tampoco es necesario recabar la conformidad expresa o tácita de éste.

5) Únicamente se permite al garante, en aras de la buena fe contractual y en evitación de cualquier enriquecimiento injusto del asegurado, acreditar que el deudor principal ha cumplido su obligación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la demostración de este particular.

**La única excepción que corresponde al avalista a primer requerimiento es la demostración de la existencia de mala fe o enriquecimiento injusto por parte del asegurado.**—Es doctrina consolidada la de que la única resistencia posible por parte de quien avala a primer requerimiento es la que excepcionalmente resulte de la cumplida demostración de existencia de mala fe o de enriquecimiento injusto por parte del asegurado, cuyo acreditamiento, con inversión de la carga de la prueba, incumbía personalmente a la aseguradora a tenor de lo convenido en el artículo 9 de las Condiciones Generales. (STS de 29 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los asegurados de un seguro de caución con cláusula de aval a primer requerimiento reclamaron a su deudor y a la compañía de seguros las cantidades adeudadas, correspondientes a la cancelación de diversas hipotecas relacionadas con los locales que habían adquirido. La compañía de seguros excepcionó que algunos de los reclamantes no eran ya propietarios de los locales y que, de accederse a su reclamación, gozarían de un enriquecimiento injusto. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, al considerar que uno de los demandantes carecía de acción, por no ser propietario de ninguna de las fincas cuya cancelación de hipotecas se reclamaba. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación estimando íntegramente la demanda. El TS desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

**66. Letra de cambio. Aval en documento separado: valor.**—La forma de afianzar el cumplimiento de las obligaciones cambiarias es el aval formulado en el propio texto de la letra o en su suplemento como claramente se dice en el artículo 36 de la Ley Cambiaria, y para exigir el aval constituido en documento aparte, el acreedor no dispone de otra acción que la extracambiaria, y para ello de acuerdo con la norma del artículo 1214 CC, ha de probar la existencia de la deuda extracambiaria cuyo pago reclama, ya que el aval en documento separado produce únicamente los efectos de una fianza ordinaria (STS del T. S. de 3 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Playa Paz promociones S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria demanda por reclamación de cantidad contra *Hebomi S. A.*, don A. L. T. T., y don N. I. G. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. La representación procesal de don A. L. T. T. formuló recurso de apelación, la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso y revocó parcialmente la sentencia de instancia. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**67. La calificación del contrato es función privativa de los tribunales de instancia.**—Sobre esa función calificadora de la instancia se decía en S de 20 de diciembre de 2001: «...Conviene recordar como dice la S de 10 de octubre de 1989, que la calificación jurídica de todo contrato corresponde a una labor de interpretación y esta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico, la S de 20 de febrero de 1990, que rechaza la recalificación de un contrato debidamente conformado por la Sala en uso de su soberanía enjuiciadora sin que hubiere dado lugar a revisar la calificación al no incurrir la Sala sentenciadora en ningún desvío de ilegalidad o de irrazonabilidad...». SS de 25 de marzo de 1991; 23 de octubre de 1995; 15 de junio de 2000. Asimismo en S de 21 de septiembre de 2001: «...la interpretación y calificación del contrato es función que corresponde al Tribunal de instancia, a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Derecho; y tal calificación debe mantenerse, como ha dicho reiteradamente la Sala en SS de 14 y 30 de marzo, 26 de mayo y 8 de junio de 2000...».

**Indemnización por clientela a consecuencia de la denuncia unilateral del contrato de suministro.**—No se puede exonerar a la concedente infractora de asumir las consecuencias de una resolución unilateral, que si bien prospera en cuanto a la extinción del contrato de suministro por su conformación *intuitu personae*, no por ello desprotege a quien, como la recurrida, con su larga trayectoria comercial adscrita a la recurrente—más de veintiséis años ha impulsado el negocio de distribución, ha propiciado un superior agiotaje para los intereses de la recurrente—, todo lo cual conforma un conjunto integrador del acervo comercial o fondo de comercio, y comporta la denominada «clientela» como realidad económica, que ha de resarcirse por quien se aproveche de aquellos aportes, pues, de lo contrario se produciría un evidente enriquecimiento injusto a su favor y en perjuicio de la promotora de esa laboriosa trayectoria profesional. SS de 17 de mayo y 12 de junio de 1999 y de 26 de julio de 2000, entre otras varias. (STS de 3 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Las demandantes reclamaban a la demandada las cantidades que les adeudaba a consecuencia del contrato de suministro que les había ligado. Las demandadas se opusieron reconociendo adeudar unas cantidades inferiores a las reclamadas; asimismo, formularon reconvencción, pidiendo una indemnización por clientela, debido a la denuncia unilateral del contrato de suministro por parte de las demandantes. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, fijando la condena de la demandada en una cantidad inferior y dando lugar a la reconvencción. El TS no dio lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

**68. Doctrina jurisprudencial acerca de la indemnización a consecuencia de la denuncia unilateral del contrato de distribución de duración indefinida.**—El contrato de distribución, al tratarse de un contrato atípico, ha planteado problemas especialmente en relación con la extinción producida por declaración unilateral de la parte concedente. Hay que partir de que cabe tal extinción si el contrato se ha pactado por tiempo indefinido; puede, también pactarse un plazo de preaviso de la extinción, que de no respetarse, implicaría un incumplimiento contractual. La reiterada jurisprudencia

cia sobre este tema se ha centrado, en gran parte, en la indemnización que debe percibir el distribuidor por la extinción unilateral del concedente. La sentencia de 27 de mayo de 1993, recogiendo jurisprudencia anterior, se ha referido especialmente al factor de la clientela: «tratándose de un contrato de distribución en exclusiva sin fijación de plazo o por tiempo indefinido, no supone incumplimiento contractual de aquella sociedad, pero, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en la S 22 marzo 1988, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso, se hubiera prescindido del mismo, en términos de mayor generalidad, se hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo (STS de 11 febrero de 1984, ya citada), sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente, si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa». Y la S de 31 de octubre de 2001, también apoyándose en anteriores sentencias, impone requisitos mínimos para dar lugar a la indemnización. Tal como dice la S de 17 de mayo de 1999 y reitera la de 13 de junio de 2001, la resolución unilateral del contrato de distribución, a falta de plazo de duración y de plazo de preaviso, sólo da lugar a indemnización si se realiza sin justa causa o con abuso de derecho y si se prueban los daños y perjuicios.

**La carga de la prueba del carácter abusivo de la denuncia corresponde al distribuidor.**—En el contrato de distribución, el distribuidor que reclama la indemnización por extinción unilateral sufre la carga de la prueba de que se ha realizado sin justa causa o con abuso de derecho y que le ha producido daños y perjuicios. (STS de 3 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante reclamó a la demandada la cantidad que le adeudaba a consecuencia de un contrato de distribución. Además de oponerse, la demandada formuló reconvencción, solicitando una indemnización debido a los daños ocasionados por la brusca ruptura del contrato de distribución de duración indefinida por parte de la concedente. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvencción. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandante reconvenida, desestimando íntegramente la reconvencción, por tratarse de un contrato de distribución que no contenía pacto de exclusiva ni exigencia de preaviso para su extinción y no haberse probado por parte del demandado reconviniente el carácter abusivo de la denuncia unilateral formulada por el reconvenido. El TS rechazó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

**69. El deber de información por el asegurado: artículo 10 LCS.**—Las aseguradoras sólo se eximen de su deber de indemnizar en los casos de culpa grave o dolo en el asegurado, que no da a conocer circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo y que, de conocerlas el asegurador, hubieran influido decisivamente en su voluntad de contratación (art. 10 LCS). Según reiterada jurisprudencia, el concepto de dolo (art. 1269 CC) no sólo comprende la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que

calla o no advierte debidamente (entre otras, SSTS de 20 de enero de 1964, 26 de octubre de 1981 y 31 de diciembre de 1998). El TS afirma que es posible la calificación de doloso del comportamiento del asegurado que, a la hora de contratar un seguro de accidente y de verse sometido a un cuestionario relativo a su estado de salud, silencia un padecimiento de epilepsia que requiere un tratamiento diario.

**Doctrina de los actos propios.**—La mayoría de la jurisprudencia considera que el principio general que impide ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, precisa que entre un comportamiento anterior y una pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción (entre otras, SSTS de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 23 de julio de 1998, 30 de marzo y 9 de julio de 1999, 28 de enero y 9 de mayo de 2000). No se contraviene dicho principio cuando el significado de los hechos precedentes que se invoquen tenga un carácter ambiguo, o carezcan de la trascendencia necesaria. Considera el TS que la estimación parcial de una demanda (consignación de una determinada cantidad de dinero) no enerva una posición principal de desestimación de la pretensión inicial de la demandante. (STS de 26 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. M. G. C. y doña I. P. C. interponen demanda contra la mercantil *Euroseguros S. A.* sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia y estima la demanda interpuesta. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y absuelve a la compañía *Euroseguros S. A.* Los demandantes interponen recurso de casación y el TS declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

**70. Contrato de seguro. Falta de cuestionario del artículo 10 LCS y vulneración del principio de buena fe.**—En el caso de autos el hecho no era ni futuro ni, para la tomadora del seguro, incierto, sino, muy al contrario, pasado, porque el fallo o defecto afectaba al propio proceso de producción, y además absolutamente cierto, porque a las reclamaciones ya recibidas y a las reparaciones ya efectuadas antes de la conclusión del contrato se unía un pronóstico totalmente seguro de futuras y numerosas reclamaciones y reparaciones fundadas en ese mismo hecho anterior a la conclusión del contrato, es decir, el fallo o defecto generalizado del producto. Ahora bien, no necesariamente será nulo sin más todo seguro similar al aquí examinado cuando el fallo de fabricación del producto sea anterior a la conclusión del contrato, pues la ignorancia de ese fallo por ambas partes podría dejar subsistente la nota de la aleatoriedad, sino que, en caso de ocultación de ese fallo y de las reclamaciones y reparaciones subsiguientes desaparecen inevitablemente la incertidumbre y aleatoriedad para una de las partes contratantes y, en consecuencia, el deber del asegurador de someter el cuestionario al tomador pierde relevancia en comparación con el principio de buena fe que informa el contrato de seguro, principio que, en lo que aquí interesa, se manifiesta en los artículos 11 y 12 LCS, pues no cabe desconocer que, en el caso examinado, después de celebrarse el contrato la tomadora del seguro siguió ocultando a la aseguradora un alto porcentaje de reclamaciones, e impidió así que ésta valorase la agravación del riesgo y actuara en consecuencia. A este respecto son bien ilustrativas las SSTS de 22 de febrero de 2001 y 9 de julio de 1994: la primera, negando

legitimación a quien había concertado el seguro a través de un testaferrero para ocultar un anterior siniestro, y dando en tal caso prevalencia al artículo 7.1 CC precisamente sobre el artículo 10 LCS; y la segunda, rechazando la cobertura de los daños en una cosecha anteriores a la concertación de la póliza porque el artículo 10 LCS no podía favorecer al asegurado «dadas las peculiaridades del contrato de seguro, que exige al máximo la concurrencia de la buena fe». En suma, erigir la falta de cuestionario en causa de exoneración de la recurrente, pese a haber ocultado ésta a la aseguradora el fallo generalizado del producto y las reclamaciones y reparaciones tanto anteriores como posteriores a la conclusión del contrato, conduciría al absurdo de imaginar cuestionarios previos a un seguro de incendio que preguntan si el asegurado ya se había muerto, previos a un seguro de incendio que preguntaran si éste se había producido ya o, en fin, previos a un seguro de responsabilidad civil similar al litigioso que preguntaran si los productos fabricados eran defectuosos y por esa razón se estaban recibiendo numerosas reclamaciones y teniendo que efectuar las consiguientes reparaciones. Y es que el cuestionario del artículo 10 LCS se refiere a la valoración del riesgo y no a la propia existencia o inexistencia de éste ni al siniestro ya acaecido; a lo que cabe añadir que una cosa es asegurar la responsabilidad civil y otra muy distinta desplazar conscientemente sobre el asegurador, a voluntad del tomador, una parte del coste cierto de obligaciones ya nacidas antes de celebrar el contrato. (STS de 14 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Ninilika, S. L.* y *Tragsa, Empresa de Transformación Agraria, S. A.* interpusieron demandas que fueron acumuladas sobre nulidad de rescisión contractual que fueron acumuladas contra *Seguros Plus Ultra, S. A.* que a su vez formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria desestimó y estimó parcialmente las demandas reconconvencionales. Interpuestos por *Vinilika, S. L.* y *Tragsa* contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, y adherida a la impugnación la demandada-reconviniente, la Audiencia Provincial de Alava desestimó tanto los recursos como la adhesión a la impugnación. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**71. Subsistencia del seguro pese a la falta de pago de la prima por causa imputable al asegurador.**—La falta de pago de la prima de la segunda anualidad, en forma alguna puede imputarse a la parte tomadora del seguro, sino a la aseguradora que conforme a lo estipulado en la póliza, es a ella a la que correspondía presentar al cobro de la prima en el domicilio del tomador, lo que no ha efectuado, unido al hecho que también entiende acreditado la sentencia de instancia y que no ha sido discutido en el recurso, de la voluntad concorde de las dos partes de prorrogar el contrato a la anualidad en la que ocurrió el siniestro; circunstancias estas que hace que no pueda entenderse liberada la entidad aseguradora de cumplir con su obligación contractual de satisfacer el importe de la indemnización hasta el límite del seguro.

**Son semejantes las consecuencias de la falta de pago de la primera prima del seguro y de las correspondientes a períodos posteriores.**—No hay motivo alguno para establecer distinto criterio para el supuesto de que el retraso en el pago de las primas, según se refiera a la prima inicial o a las siguientes, cuando en este último caso aparezca clara la voluntad de las partes

de prorrogar el contrato de seguro, manifestada generalmente por la falta de denuncia del mismo o por los hechos coetáneos o posteriores que se tuvieron en cuenta por el Tribunal de instancia para la fijación de este hecho y en atención a esta circunstancia de la pervivencia del contrato, y aunque los párrafos primero y segundo del artículo 15 LCS está haciendo relación a supuestos distintos, los dos se refieren al impago de la prima, en el supuesto de autos, como se ha establecido contractualmente, la misma ha de ser satisfecha en el domicilio del tomador, es por lo que le corresponde a la aseguradora la obligación de presentar al cobro el recibo de la misma en el lugar indicado, por lo que habiendo incumplido esa obligación no puede entender extinguido el seguro si el siniestro ocurre en plazo correspondiente al período de tiempo cubierto con esa prima. (STS de 8 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El dueño y el arrendatario de una nave reclamaron al causante de un incendio y a su compañía aseguradora la indemnización por los daños y perjuicios originados por el siniestro. La Compañía de seguro aducía que el contrato se había extinguido por impago de la segunda prima del seguro, pero el contrato señalaba que el lugar de pago era el domicilio del tomador, razón por la cual el juez de primera instancia condenó solidariamente a los demandados a pagar la indemnización, ya que la falta de pago de la prima era imputable a la Compañía de seguros, que no había presentado al cobro la prima. La Audiencia Provincial y el TS rechazaron sucesivamente los recursos interpuestos. (M. C. B.)

**72. Contrato de seguro. Condiciones generales de la póliza: necesidad de aceptación por el tomador.**—La aceptación por el tomador de las condiciones generales es un requisito necesario para que el asegurado quede vinculado por su contenido, vinculación que no puede extenderse a las condiciones generales que no consta que el mismo hubiera aceptado debida y expresamente.

**Contrato de seguro. Recargo del artículo 20 de la Ley 50/1980.**—Este precepto establece una norma general que obliga en toda clase de seguros, y establece el pago de unos intereses sancionatorios y por ende disuasorios de una conducta que dificulta o aventura el pago de una indemnización, para que dentro del parámetro de los intereses de demora, y en el caso de que la aseguradora se demore en el pago, siempre que ello no fuere imputable a causa justificada no imputable a la misma.

**Seguro de accidentes: concepto de accidente y requisitos.**—El artículo 100 LCS da una definición o descripción de lo que se entiende por accidente, diciendo que se entiende por tal «la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte». De esa definición resulta que en esta clase de seguros, el evento dañoso se refiere a un proceso integrado por diversas fases que en tanto en cuanto no se completa su realización no se da el siniestro y así para que la lesión pueda ser calificada de accidente, a efectos de su aseguramiento, ha de producirse ya la invalidez, temporal o permanente, o la muerte del sujeto. En cuanto al primero de los elementos de esa definición, la «lesión corporal», ha de entenderse por lesión toda alteración de la integridad del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como psíquico; en el presente caso, el padecimiento psíquico del asegurado es conse-

cuencia directa de las lesiones físicas por él padecidas en el accidente de circulación que sufrió. Dada esa relación directa entre las lesiones corporales y el cuadro de stress postraumático que padece el asegurado, no existe obstáculo legal alguno para que, al amparo del artículo 100 citado, pueda entenderse que el mismo está amparado por la póliza suscrita dado su carácter accidental y no procedente de un proceso patológico independiente de las lesiones físicas padecidas por el asegurado. La propia aseguradora recurrente viene a reconocer que los padecimientos psíquicos pueden integrar el concepto de accidente al incluir en las Condiciones Generales de la Póliza por ella aportada a los autos, como «invalidez permanente total», «la enajenación mental, absoluta o incurable», sin que esto suponga que se equipare el stress padecido por el asegurado con esa causa de invalidez. (STS de 30 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don N. A. R. P. Presentó demanda por reclamación de cantidad contra *Previa*, S. A. de Seguros y Reaseguros. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manzanares estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real estimó el recurso. El TS ha declarado haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**73. Contrato de seguro. Seguro de robo: identidad entre robo y «sustracción ilegítima».**—Los Tribunales civiles no pueden hacer pronunciamientos, ni siquiera, con carácter prejudicial, en materia que corresponde, exclusivamente, al orden jurisdiccional penal, mas ello no impide que, en supuestos como el presente, tenga que, utilizando las definiciones civiles fijadas en el contrato y los conocimientos jurídicos y máximas de experiencia que permiten perfilar el sentido usual de los términos jurídicos, precisar, a efectos meramente civiles, la ocurrencia del siniestro, por referencia a determinadas figuras delictivas, ya que, en otro caso, los hechos denunciados de apariencia delictiva que dieran lugar a archivo o sobreseimiento de las actuaciones penales por imposibilidad de encontrar al autor, al faltar la sentencia penal que estableciera la calificación definitiva, quedarían, fuera del seguro, lo que pugna con la misma naturaleza y práctica del «seguro de robo». Por ello, sin duda, el artículo 50 LCS equipara el robo a la «sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas», expresión que repite en otros preceptos. De este modo, se evita una calificación técnico jurídica definitiva y se amplía la noción al emplear una terminología, dentro de la que cabe la figura del hurto, todo ello, paliado por el número primero del artículo 52 que excusa el pago del siniestro si éste se produjo por negligencia grave del asegurado. (STS del T. S. de 29 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Cristy's Gold S. L.* y don Antonio M. M. Interpuso demanda sobre reclamación de cantidad contra la *Mutua Española de Joyeros, Plateros y Relojeros de Seguros, Sociedad Mutua de Seguros*. El Juzgado de Primera Instancia número ocho de Córdoba dictó sentencia en la que estimaba parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

**74. Formalización de la lista de asistencias a la Junta General de una sociedad anónima.**—El artículo 111 LSA establece que antes de entrar en el orden del día, hay que formar una lista de los asistentes. El TS ha reiterado en varias ocasiones que no hace falta que la lista de asistentes conste en acta, sino que basta simplemente con que se demuestre que ha existido (STS de 31 de octubre de 1984), incluso puede incluirse en un documento diferente al acta (STS de 19 de diciembre de 1984).

Por otro lado, el incumplimiento de alguna de las reglas de ese artículo 111 LSA no supone la nulidad, pues eso queda a discreción y prudencia de los Tribunales (STS de 14 de marzo de 1973).

La formación de la lista de asistentes tiene las siguientes finalidades: 1) facilitar la formación del quórum legal de presencia; 2) legitimar el ejercicio del derecho del voto. En base a estos objetivos perseguidos, ha de apreciarse dicho precepto de forma flexible.

**El derecho de información de los accionistas.**—El derecho de información de los accionistas debe ser respetado para evitar que los socios minoritarios queden a merced de los mayoritarios. Sin embargo, no se le puede dar un sentido muy rígido, ya que el derecho de impugnación de los socios y el de aclaración no pueden ser utilizados como medios para obstruir la actividad social, es decir, para situar los intereses del accionista particular que solicita la información, sobre los intereses sociales, si no responde a una verdadera y real necesidad (SSTS de 13 de abril de 1962 y de 26 de diciembre de 1969). (STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un grupo de accionistas demanda a *Promociones Eurobuilding S. A.* y a *Inmobiliaria Eurobuilding S. A.*, ésta última con carácter subsidiario y por ser parte demandada respecto a la impugnación de la Junta General ordinaria de accionistas de dicha entidad. La segunda entidad sólo se demanda para el caso de que la fusión haya desplegado todos los efectos jurídicos y la sociedad no esté desaparecida jurídicamente. Se pretende la nulidad de las Juntas Generales ordinaria y extraordinaria de *Inmobiliaria Eurobuilding S. A.*, celebradas el 11 de mayo de 1993, así como de los acuerdos alcanzados en ellas, por no haberse formado las listas de asistentes, ni procurado el derecho de información de los accionistas demandantes sobre determinadas cuestiones relacionadas con la fusión de ambas entidades. El Juzgado rechaza la demanda, solución que fue confirmada en apelación por la Audiencia.

Los accionistas interponen recurso de casación ante el TS, básicamente por los mismos motivos alegados en la demanda. (*S. L. M.*)

**75. Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos sociales: convalidación por otros y límite del principio *ut lite pendente nihil innovetur.***—Las vulneraciones habidas no pueden convalidarse por los acuerdos adoptados en una Junta posterior, que expresamente ratifica los acuerdos adoptados en otra, que están impugnados, mediante presentación incluso de demanda judicial por los demandantes-recorridos que ni asistieron ni prestaron su conformidad a la supuesta Junta convalidante, más bien es esta actuación subsiguiente la que no se compadece con el respeto debido al planteamiento judicial de la cuestión, pues sabido es que en relación con el objeto del proceso carecen de eficacia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzca el

demandado o un tercero en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda, conforme al principio *ut lite pendente nihil innovetur*. La interpretación del artículo 115.3 LSA determina que esta ratificación surtirá sus efectos cuando se haya producido antes de la interposición de la demanda judicial impugnatoria de los acuerdos tachados de nulos, pues, de no sostenerse esta interpretación, bastaría con que, una vez iniciado el proceso, se convocase una nueva Junta en la que se subsanasen los defectos concurrentes, para dejar sin contenido la demanda formulada, lo que entra en patente contradicción con el principio procesal de la *perpetuatio iurisdictionis* que obliga a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de interposición de la demanda. El párrafo 1.º del apartado 3 del artículo 115 de la vigente LSA lo que preceptúa es que «no procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro», pero lo que no establece, ni expresa, ni tácitamente, es que, iniciado ya un proceso de impugnación de un determinado acuerdo social, pueda la sociedad afectada por su propia y exclusiva iniciativa, en una Junta posterior, ratificar o tratar de convalidar el aludido acuerdo que está siendo objeto de impugnación en el referido proceso ya en tramitación, pues ello entrañaría una clara y unilateral violación del principio *ut lite pendente nihil innovetur*, con la consiguiente y grave conculcación de la seguridad jurídica por la que todo proceso ha de estar presidido. Iniciado ya un proceso de impugnación de un acuerdo social, la única posibilidad procesal que cabe, y así lo establece expresamente el párrafo segundo del citado apartado 3 del artículo 115 de la referida ley, es la de que, a petición de parte, como es obvio, y siempre en el momento procesal oportuno (que no puede ser otro que el de la comparecencia que rotulan los arts. 691 ss. LEC de 1881) pueda el Juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que fuera posible la eliminación de la misma. (STS de 21 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Importadora Procano, S. A.* interpuso demanda por impugnación de acuerdos sociales contra la entidad mercantil *Conservas Elagon, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coria desestimó la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia que desestimó dicho recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**76. Diferencias entre la acción individual de responsabilidad del artículo 135 LSA y la acción del artículo 262.5 LSA.**—Según el TS, ambas acciones se diferencian en su naturaleza y requisitos. Por un lado, la acción individual de responsabilidad es una acción resarcitoria que precisa de la concurrencia de una acción u omisión culposa o negligente, un daño y una relación de causalidad entre ambos (entre otras, SSTS de 21 de diciembre de 1999 y 30 de enero y 30 de marzo de 2001). Por otro lado, la acción del artículo 262.5 LSA es considerada por la jurisprudencia como una responsabilidad *ex lege* o cuasi objetiva (SSTS de 29 de abril de 1998, 12 de noviembre de 1999, 20 de diciembre de 2000 y 26 de octubre de 2001) que no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción legal. Por tanto, no es necesario en este segundo caso acreditar una

relación de causalidad entre la omisión de los administradores y la deuda social, ni una negligencia distinta de la que prevé el mencionado artículo .

**Acción de responsabilidad solidaria de los administradores del artículo 262.5 LSA. Negligencia de los administradores.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 29 de abril y 22 de diciembre de 1999 y 30 de octubre de 2000) que la mera pasividad de los administradores, que conocen la situación patrimonial de la sociedad y que no proceden como dispone el artículo 262.5 LSA, es considerada como negligente. (STS de 18 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1991, la empresa *DITECU, S. A.* sufría una situación de descapitalización. Pese a ello, sus administradores, que no podían ignorar tal circunstancia, no adoptaron las medidas que establece para tales casos el artículo 262 LSA. Ante esta situación, varios acreedores interponen acción de responsabilidad solidaria por las deudas sociales contra *DITECU, S. A.* y sus administradores, solicitando, entre otros pedimentos, la condena al pago de las sumas reclamadas por cada uno de los codemandantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, fallo contra el que recurren tanto los demandantes, como los administradores demandados. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación de los primeros y desestima el de los segundos. Los administradores demandados interponen entonces recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

**77. Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: el núm. 4 del artículo 260 LSA recoge un supuesto de responsabilidad cuasi-objetiva.**—El núm. 5 del artículo 262 LSA establece que responderán solidariamente los administradores, de las deudas sociales, cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses, la junta general, para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, por concurrir la causa 4.<sup>a</sup> del artículo 260 de la citada ley. Causa, que puede considerarse suficiente por sí sola, para hacer efectiva la responsabilidad reclamada en el juicio del que dimana el presente recurso (SS de esta Sala de 3 y 26 de octubre de 2001), conducta del administrador que en términos de S de 20 de julio de 2001 genera una responsabilidad cuasi-objetiva, o que produce *ipso facto*, como se sostiene en las SS de 30 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, la obligación del administrador de satisfacer la deudas sociales conjunta y solidariamente con la sociedad anónima, en cuanto no necesita acreditarse la existencia de culpa del administrador, como sería preciso en el supuesto contemplado en el artículo 133 LSA, pues basta que se acredite la condición de administrador, que la sociedad esté incurso en la causa de disolución núm. 4.<sup>a</sup> del artículo 260 LSA, y que el administrador haya incumplido la obligación de convocar la junta general en el plazo de dos meses, para que responda solidariamente con la sociedad que administra de las deudas sociales. (STS de 25 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Bilbao Editorial, S. A.*, formuló demanda en reclamación de cantidad contra la entidad *Sociedad Anónima Beas* y contra don J. M. Z. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao estimó íntegra-

mente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia desestimando el recurso de apelación. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**78. Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: prescripción.**—El plazo de prescripción para exigir la responsabilidad a los administradores y gerentes de Compañías es el de cuatro años según dispone el artículo 949 CCO, y más si la acción que se ejercita es la amparada en el número 5 del artículo 262 LSA, en cuanto que la obligación se impone a los administradores *ex lege*, según se deduce de la propia redacción del precepto y en la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, las SS de 12 de noviembre y 11 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio y 26 de octubre de 2001, por lo que en forma alguna sería de aplicación la establecida, para los supuestos de culpa extracontractual, en cuyo supuesto no hay duda alguna que el plazo de prescripción es el señalado en el artículo 949 del CCO.

**Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: presupuesto de culpabilidad.**—La derogada Ley de sociedades anónimas de 1951, en la que ciertamente se exigía, para que los administradores respondieran frente a la sociedad, socios o terceros, de los daños ocasionados por su actuación por la misma, que los daños ocasionados fueran debidos a negligencia, y que ésta fuera «grave», pero no así a la que pueda ser exigida al recurrente, que se refiere a hechos realizados durante la vigencia de la Ley de 22 de diciembre de 1989, ya que de acuerdo a la nueva normativa, basta, como dice el número 1 del artículo 133 LSA, que se hayan realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, supuesto en el que ha incurrido el ahora recurrente, como se ha puesto claramente de manifiesto en la Sentencia recurrida, que tras concretar la actuación del mismo durante el tiempo que fue administrador de la sociedad, la considera comprendido en los supuestos del artículo 133.1, en relación con el número 5.º del artículo 262, ambos de la LSA vigente, hechos probados que hay que tener presente no han sido debatidos en el recurso alegando infracción de error de derecho en la apreciación de la prueba, pues el señor B. fue miembro del Consejo de Administración según acuerdo de la junta general y universal de 4 de julio de 1991, consta también que solicitó la dimisión el 24 de julio de 1992, dimisión que no fue aceptada ni inscrita en el Registro Mercantil, y que vino desempeñando el cargo sin que al momento actual haya acreditado su cese frente a terceros mediante la preceptiva inscripción registral, por lo que apareciendo en autos que el citado administrador era conocedor de la crítica situación económica de la sociedad, que la llevó al cese de su actividad económica, en el mes de julio de 1992, cerrando sus instalaciones y oficinas, con total desaparición de hecho en el tráfico mercantil, careciendo de patrimonio con el que poder hacer frente de forma alguna al cumplimiento de sus obligaciones; ante tales circunstancias fácticas, la conducta del ahora recurrido, fue el abandono total de la sociedad y la desatención de sus obligaciones sociales, conducta que está incurso, en primer lugar, en el supuesto del núm. 5.º del artículo 262 LSA, que establece la responsabilidad solidaria de los administradores del pago de las deudas sociales, cuando incumplen la obligación de convocar a junta general para acordar la disolución de la sociedad, cuando la misma se encuentre en imposibilidad del cumplimiento del fin social, o las pérdidas redujeran el patrimonio a la mitad del capital social, supuestos de los números 3.º y 4.º del artículo 260 de la citada ley, pero además es indudable, que ese abandono en el

cumplimiento de sus obligaciones, calificarían también la conducta del administrador en culposa, que daría lugar a responder en este caso de los daños y perjuicios ocasionados a los acreedores. (STS de 7 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS:**—La entidad *Banco de Sabadell, S. A.* interpuso demanda contra la entidad *Ocho Estrella, S. A.*, contra don A. B. M., don J. E. G., don J. M. V. y contra don J. L. H. B. M., sobre reclamación de cantidad y responsabilidad de administradores de sociedad anónima. El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Reus estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Tarragona desestimó el recurso planteado. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**79. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Transmisión de participaciones sociales: régimen aplicable.**—Las transmisiones de las participaciones sociales se regirán por la normativa vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir, o en su caso, en la fecha de fallecimiento del socio, o en la de la adjudicación judicial o administrativa.

**Sociedad de Responsabilidad Limitada. Separación de socio: validez de la cláusula estatutaria de libre separación transcurrido un plazo determinado.**—Esa disposición estatutaria ha de entenderse como un correctivo al pacto de duración indefinida de la sociedad, y a las restricciones que en esta clase de sociedades, está sometida la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales. La referida norma estatutaria establece tanto la obligación de la permanencia en la sociedad durante un plazo o período determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad como la separación de alguno de los socios, permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que está otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir que las disposiciones de los artículos del estatuto, faltan por una parte a lo dispuesto en el artículo 1256 CC de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contratantes la validez y cumplimiento del contrato, y de otra parte, que esta facultad carece de causa, pero el fundamento del establecimiento en las normas sociales del ejercicio de la facultad de separarse, siempre que haya transcurrido los tres años desde la constitución de la sociedad y se haya anunciado a la misma en el plazo de seis meses previsto en los Estatutos, es coherente con la duración indefinida pactada. (STS de 3 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don S. S. V. presentó demanda sobre impugnación de acuerdos sociales contra *Camping de La Rioja, S. L.* El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Logroño confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**80. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disolución parcial: imposibilidad por carecer de personalidad jurídica debido a su falta de inscripción.**—La disolución de la sociedad en formación aquí contemplada sería

siempre una disolución total, nunca parcial. El artículo 31 LSRL de 1953 preveía ciertamente la disolución parcial, pero siempre referida a la sociedad que ya tuviera personalidad jurídica. La relación de dicho artículo 31 con el 30 y la comparación entre la redacción de este último anterior a la reforma de 1989 y la posterior revela que la disolución parcial de la sociedad de responsabilidad limitada sólo podía referirse a la que tuviera ya personalidad jurídica por haberse inscrito en el Registro Mercantil, ya que la exclusión del socio tenía que constar a su vez en instrumento público y ser inscrita en el Registro Mercantil, lo que conllevaba la propia adopción de un acuerdo social ajustado a las previsiones de los artículos 14 y 17 de la propia LSRL de 1953.

**Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disolución parcial: infracción en la aplicación del artículo 31 LSRL de 1953.**—La aplicación de dicho artículo 31 como vía para que la sociedad, «sin más dilaciones, pueda inscribirse en el Registro Mercantil», daría lugar a la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada total y absolutamente distinta de la constituida en la correspondiente escritura pública en aspectos tan esenciales como el capital social, la suscripción de participaciones y los órganos de la sociedad, siendo bien ilustrativo al respecto que la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (RCL 1995\953) haya deslindado la exclusión de los socios de las causas de disolución (arts. 98 y 99, de un lado, y artículo 104, de otro) previendo además un remedio específico para la falta de inscripción en su artículo 15. (STS de 20 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. H. M. presentó demanda contra *Emsa Aridos, S. L.* por disolución de sociedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Melilla desestimó la demanda. Recurrida en apelación la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, estimó el recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**81. Incongruencia en sentencias absolutorias.**—Tiene lugar cuando se altera la causa de pedir o se estima una excepción no articulada por el demandado o no apreciable de oficio. No tiene lugar cuando la sentencia no entra en el fondo del asunto por estimar la excepción de litispendencia alegada por los demandados.

**Impugnación de la fecha de retroacción de la quiebra. Tiempo hábil.**—Lo es el que transcurre hasta la firmeza de los acuerdos de la Junta General de examen y reconocimiento de créditos, pues hasta ese momento es posible la comprobación de nuevas deudas que justifiquen un sobreseimiento anterior en los pagos.

**Excepción de litispendencia. Interpretación.**—No debe realizarse rígidamente en cuanto a sus requisitos cuando un proceso vincule y determine la decisión de otro. (STS de 20 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1995 los síndicos de la quiebra de la *Compañía Hotelera Aragonesa, S. A.* solicitan la nulidad del préstamo hipotecario instrumentado en escritura pública de 5 de febrero de 1982 entre la actora y las sociedades demandadas, y la nulidad de la adjudicación de la finca hipotecada a A.B.P., también demandado en el procedimiento ejecutivo hipotecario.

Los demandados, al contestar a la demanda, paralelamente presentan una incidental ante el Juez de la quiebra solicitando la altera-

ción de la fecha de la retroacción del Auto que la declaró. Según la demandante, los demandados conocían dicho Auto desde 1985.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto al acoger la excepción de litispendencia alegada por los demandados. (*B. F. G.*)

## DERECHO PROCESAL

**82. Allanamiento. Efectos.**—Declara el TS que el allanamiento es una conducta procesal cuyo efecto no es tan absoluto como a veces se pretende. Su alcance se traduce únicamente en la obligatoriedad de dictar sentencia, sin que ello suponga necesariamente que sea conforme, sino con arreglo a Derecho.

**Allanamiento de uno o varios demandados solidarios.**—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 22 de octubre de 1991, 3 de noviembre de 1992 y 16 de marzo de 2001), el allanamiento de alguno de los demandados solidarios no puede perjudicar a los demás. Por lo tanto, no es extensivo a los demás codemandados que no se allanaron.

**Costas. Apreciación de circunstancias excepcionales.**—No es revisable en casación la apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales que, de acuerdo con el artículo 523 LEC, permitan al órgano judicial la no imposición de costas, pues se trata de una materia reservada en exclusiva a la instancia. (**STS de 15 de enero de 2003**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El propietario de una vivienda ejercita la acción del artículo 1591 CC contra los promotores-vendedores y el arquitecto técnico, por los defectos de impermeabilización y cerramiento de ésta. Igualmente, solicita una indemnización por daño moral. Si bien una parte de los demandados se allana a la demanda, el resto contesta, oponiéndose a ella. Practicada la prueba, el Juzgado de Primera Instancia condena solidariamente a los demandados por los daños de la vivienda; pero se les absuelve respecto de la indemnización del daño moral, por no haberse practicado la prueba. La Audiencia Provincial confirma la sentencia.

El propietario de la vivienda interpone entonces demanda de reconocimiento de error judicial, por el trámite del juicio de revisión, entre otros motivos, por la falta de condena en relación a la indemnización del daño moral. Alega al respecto que el allanamiento de alguno de los demandados le relevaba de la prueba de este daño. El TS declara no haber lugar a la demanda.

**NOTA.**—Lo dispuesto por el antiguo artículo 523.I LEC se encuentra en la actualidad recogido en el artículo 394.1 LEC 1/2000, en el que se ha suprimido la referencia a la apreciación por el juez de la concurrencia de circunstancias excepcionales, sustituyéndola por la apreciación de que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho. (*A. M. M.*)

**83. Quebrantamiento de las formalidades legales en el proceso judicial.**—La doctrina del TS ha establecido de manera reiterada la necesidad de agotar todos los medios de impugnación posibles para que sea posible alegar la infracción de las formas esenciales del juicio. Por ello, se constituye este agotamiento el presupuesto básico para la denuncia de la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, a la que se alude en el artículo 1693 LEC (STS 3 y 10 de diciembre de 1999, 24 de febrero y 10 de mayo de 2000 y 14 de mayo y 13 de julio de 2001.)

**Rechazo en la apreciación del recurso de casación como tercera instancia. Valoración de las cuestiones de hecho.**—La determinación de los hechos que constituyen la base del litigio han de ser valorados en primera instancia. Es doctrina reiterada del Tribunal la negación del recurso de casación como tercera instancia, en la medida en que pudiese llevarse a cabo una nueva valoración del material instructorio. La salvedad a esta regla generalizada se halla en la alegación del error de derecho.

La cuestión de la alegación de incumplimiento contractual, en los supuestos de apreciación de quién debe considerarse como primer incumplidor, es cuestión de hecho. Aunque la Jurisprudencia ha matizado esta afirmación tajante, convirtiéndola en *quaestio iuris* «cuando la base para la determinación del incumplimiento esté. Más que en los actos ejecutados, en valoraciones jurídicas que ha de ponderar la Sala a través de unos supuestos de hechos dados» (FD 2.º) (STSS de 29 de marzo, 20 de mayo, 8 de julio y 15 de diciembre de 1993, y 24 de junio de 1995.) (STS de 10 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *B. e Utilidades para Crianza*, demanda a la sociedad limitada *P. Línea Bebé* solicitando el pago de la cantidad que respondía como importe de los géneros remitidos a la demandada y no pagados, en virtud de la existencia de un contrato de distribución en exclusiva para España, y concertado entre dichas litigantes. La sentencia de Primera Instancia desestima la demanda. De igual modo, es confirmada la sentencia en la Audiencia Provincial, denegándose el recibimiento a prueba por auto, sin haberse interpuesto por el recurrente recurso de súplica. Se presenta recurso de casación ante el TS con base en el quebrantamiento de las formas esenciales, así como por la infracción de, entre otros, los artículos 1101, 1124, 1253, 1445 y 7 CC. (*P. S. S.*)

**84. Error judicial. No es una tercera instancia. Supuestos que comprende.**—Es doctrina consolidada del TS que el error judicial no puede dar lugar a una tercera instancia. Sólo cabe su apreciación respecto a aquellos supuestos en los que la resolución judicial ha incurrido en equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación de la Ley. Su finalidad no es acatar la interpretación de las normas ni la valoración de las pruebas, que de forma acertada o equivocada, el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro del esquema traído al proceso. No se trata, por el error judicial, de corregir el desacierto de la resolución sino la desatención por el Tribunal de datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompa la armonía del orden jurídico. En definitiva se reserva el error judicial a decisiones injustificadas desde el punto de vista del derecho (SST.S. de 12 de marzo de 1997,

de 7 de abril de 2000 y de 17 de abril 2002). (STS de 16 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes entablaron demanda de error judicial respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba la cual confirmó la sentencia de instancia que, a su vez, desestimó la demanda sobre impugnación de acuerdos sociales. Lo que se alegó como causa de nulidad de los acuerdos sociales fue el incumplimiento del deber de información por no haberse puesto a disposición de los accionistas el informe de los censores de cuentas. Se alega que la sentencia denunciada ha incurrido en un doble error: jurídico y fáctico. Error jurídico, porque la Audiencia afirma que son los accionistas actores quienes tienen que demostrar que no le fueron puestos a disposición los informes de los censores ya que existe una presunción de que dichos informes sí se han puesto a disposición de los socios; y error fáctico, puesto que la Audiencia no ha tenido en cuenta determinados hechos que acreditan de forma indiscutible que los mencionados informes no fueron entregados. El TS desestimó la demanda por error judicial. (C. O. M.)