

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, María del Carmen CRESPO MORA, 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, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRAIN, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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. Garantías de las obligaciones marítimas. Privilegios marítimos (régimen internacional): el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, suscrito en Bruselas el 10 de abril de 1926.—Este Convenio (ratificado por España el 2 de junio**

de 1930, publicado en la *Gaceta* de 31 de julio de 1930) es aplicable aun cuando los intervinientes sean exclusivamente nacionales. Es, además, condición *sine qua non* para su aplicación, que el buque gravado por el crédito pertenezca a un Estado que hubiera firmado el mismo.

**El Convenio representa una normativa general y prevalente.**—De este modo tiene una aplicación directa e integradora en España, como regulación que forma parte de su ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, altera la preferencia de créditos de los artículos 580 CCO y 31 de la Ley de Hipoteca Naval, al haber sido desvirtuadas sus normas sobre la petición de créditos por la específica regulación contenida en este Convenio (STS de 22 de mayo de 1989). (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad financiera había concedido un préstamo a la compañía *PR, S. A.*, garantizado con una hipoteca naval constituida sobre un buque pesquero propiedad de esta última. La hipoteca fue ejecutada judicialmente a instancia de la entidad financiera ante el incumplimiento de la compañía prestataria. Además, la firma *PR, S. A.*, adeudaba a una sociedad de seguros marítimos las primas de los dos últimos años del seguro del buque pesquero hipotecado. La sociedad de seguros interpuso una tercería de mejor derecho en los autos de ejecución de hipoteca naval, por entender que su crédito tenía carácter privilegiado. A esto se opuso la entidad financiera ejecutante invocando el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, suscrito en Bruselas en abril de 1926 (ratificado por España en 1930), al no contemplar éste, como privilegio, el crédito alegado como preferente por la aseguradora demandante. No prosperó la petición de la actora ni en el Juzgado ni en la Audiencia. El TS no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—Este Convenio de 1926 ha sido sustituido por el Convenio Internacional hecho en Bruselas el 27 de mayo de 1967, pero que a tenor de su propio artículo 25 no obliga a España, que no lo ha ratificado ni se ha adherido al mismo. Por tanto, el texto de 1926 continúa vigente y aplicable a España. El Convenio de 1926 se trata de sustituir por el de Ginebra de 6 de mayo de 1993 sobre privilegios marítimos e hipoteca naval. (*I. D. L.*)

**2. Determinación del *dies a quo* para el cómputo anual prescriptivo.**—No puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. Cuando se trata de reclamación por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido.

**Contrato de obra. Responsabilidad respecto a la vigilancia de las medidas de seguridad.**—No existe precepto legal alguno que imponga a los Arquitectos Superiores ni a los Arquitectos Técnicos la obligación de comprobar la correcta adopción por el contratista de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo. Según se infiere del sentido general del Decreto de 21 de febrero de 1986 y de las atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 1 de abril de 1986, los jefes de obra y vigilantes de seguridad son los encargados de

comprobar la correcta adopción de las medidas de seguridad. (STS de 22 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don Emilio C. A. sufrió un accidente laboral el 3 de junio de 1993, a consecuencia del cual sufrió graves lesiones; el alta médica tuvo lugar el 13 de junio de 1994; el 24 de agosto de 1994, la Comisión de Evaluación formuló propuesta de declaración de invalidez en grado de incapacidad permanente absoluta por la contingencia de accidente de trabajo para todo tipo de profesión, sin posibilidad razonable de recuperación; el 19 de septiembre de 1994 la Dirección Provincial del INSS declaró a don Emilio en situación de invalidez permanente absoluta.

El 16 de junio de 1995, don Emilio demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia, a *Cooperativa de Viviendas Caserío de Perales*, don Amable V. F. (Arquitecto Técnico) y don José María P. G. (Arquitecto Director de la obra), en reclamación de 25.000.000 de pesetas, más intereses y costas, por el accidente sufrido. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la excepción de prescripción de la acción y estimó parcialmente la demanda condenando a que los demandados abonasen solidariamente al actor la cantidad de 14.000.000 de pesetas, por las lesiones sufridas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Amable V. F. y don José María P. G., respectivamente, y revocó en su totalidad la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, puesto que consideró, a diferencia de la sentencia de primera instancia, que la acción había prescrito. Interpuesto el recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia anotada no se aparta de la consolidada línea jurisprudencial que considera que, cuando quedan secuelas, la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción no es la del alta de la enfermedad, sino cuando se sabe exactamente su alcance, es decir, a partir del conocimiento del quebranto padecido (*vid.* SSTS 26 de mayo, 28 de julio y 28 de octubre de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995, 27 de febrero, 3 de septiembre y 22 de octubre de 1996, 22 de abril de 1997, y 24 de junio y 13 de julio de 2000).

El TS ha manifestado en distintas ocasiones que no existe precepto legal alguno que imponga a los Arquitectos Superiores la obligación de comprobar la correcta adopción por el contratista de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo (*vid.* SSTS de 22 de noviembre de 1971, 27 de noviembre de 1993, y 1 de febrero de 2001).

En esta sentencia el TS absuelve al Arquitecto Director de la obra y al Arquitecto Técnico, puesto que no tienen obligación de comprobar la correcta adopción de las medidas de seguridad; sin embargo, el TS considera que la cooperativa, promotora de la construcción es responsable conforme al artículo 1903.4.º CC, puesto que el fallo que provocó el accidente resulta atribuible a los trabajadores que dependían de la misma y no se habían adoptado las medidas de seguridad oportunas (*vid.* SSTS 8 de mayo de 1999, 24 de junio de 2000, entre otras). (*M. C. L. J.*)

**3. Determinación del *dies a quo* para el cómputo anual prescriptivo.**—En los supuestos de lesiones que dejen secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, el cómputo del plazo para el ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha de alta, en la que se consigne o exprese las referidas secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, es decir, el cómputo del plazo prescriptivo comienza en el momento en que es conocido cuantitativamente el total resultado dañoso.

Para poder hacer coincidir el inicio del cómputo con la fecha exclusiva del alta médica sería necesario que a partir de dicha fecha se pudiera ejercitar la acción correspondiente, para lo que se precisaría que tras esa alta médica, no se mantengan secuelas residuales que precisen tratamiento posterior o la persecución de un expediente para dirimir, definitivamente, cuáles han sido las repercusiones de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador.

**Rasgos actuales de la responsabilidad civil.**—Actualmente la responsabilidad civil extracontractual se caracteriza porque se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa y a él le corresponde desvirtuar esta presunción mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida. Además, no basta con el cumplimiento de reglamentos y disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, puesto que, si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, ya que de hecho el daño se ha producido, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia. (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 1 de diciembre de 1993, don J. M. M. D. sufrió un accidente laboral mientras desarrollaba sus tareas propias de calderero en su centro de trabajo. El accidente tuvo lugar como consecuencia de la explosión de una de las calderas, lo que le produjo lesiones consistentes en quemaduras múltiples por agua hirviendo, que le afectó al 50 por 100 de su cuerpo; don J. M. obtuvo el alta médica el 5 de junio de 1994. El 15 de marzo de 1995 se dictó propuesta de resolución de incapacidad permanente total para la profesión habitual de don J. M. en el expediente administrativo ante la comisión de evaluación de incapacidades. El 18 de mayo de 1995, el Director Provincial de INSS extendió diligencia para hacer constar que aquella propuesta de resolución era aceptada.

Posteriormente, el 15 de septiembre de 1995, don J. M. M. D. formuló demanda por responsabilidad extracontractual contra la empresa, en la que reclamaba, en concepto de indemnización por el accidente sufrido y las secuelas que le quedaron la cantidad de 61.372.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la entidad demandada a indemnizar al actor en la suma de 11.173.000 pesetas, más intereses legales, así como a abonar cuantos gastos se originasen en el futuro derivados de tratamiento médico o rehabilitador, intervenciones quirúrgicas, estancias en hospitales o cualesquiera otros de análoga naturaleza relacionados con el tratamiento y curación de las lesiones padecidas por el actor, e indemnizaciones por días de incapacidad o secuelas consecuencia de lo anterior.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso de apelación. Interpuesto el recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—El TS reitera nuevamente en esta sentencia que el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, no puede comenzar a contarse desde la fecha de sanidad o alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse hasta conocer el alcance o efecto definitivo de éstas. Es constante la doctrina jurisprudencial que sostiene que en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo, del quebranto padecido (*vid.* SSTS de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992 y 24 de mayo de 1993, 26 de mayo de 1994, 28 de julio y 28 de octubre de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995, 27 de febrero y 29 de octubre de 1996, y 22 de abril de 1997 y 22 de enero de 2003).

En esta sentencia el TS sigue la consolidada línea jurisprudencial que considera que en estos supuestos el inicio del cómputo del plazo de prescripción se inicia en la fecha del dictamen de incapacidad en el que la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades determinó de forma concluyente las secuelas del accidente sufrido (*vid.* SSTS 14 de febrero de 1994, 12 de febrero, 24 de junio y 13 de julio de 2000, 6 de febrero de 2002 y 22 de enero de 2003).

Por último, destacamos que el TS ha manifestado en reiteradas ocasiones que la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a criterios de sana crítica, puesto que el artículo 1969 CC no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* (*vid.* SSTS de 22 de marzo de 1985; 21 de abril de 1986, 16 de diciembre de 1987; 8 de octubre de 1988, 14 de febrero de 1994; 3 y 26 de septiembre de 1996). (*M. C. L. J.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**4. Declaración de incapacidad. Nombramiento de tutor.**—La sentencia que declara la incapacidad debe establecer la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda al que quede sometido el declarado incapaz. Una vez firme la sentencia de incapacitación, la constitución de la tutela y el nombramiento del tutor deben llevarse a cabo en expediente de jurisdicción voluntaria (SSTS de 22 de julio de 1993, 19 de mayo de 1998 y, precisamente, la de 27 de enero de 1998), así lo prevé la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y la Ley de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor en su DA 3.<sup>a</sup> (si bien esta última no resulta aplicable al caso al tratarse de hechos anteriores).

**Incongruencia *ultra petitem*. Nombramiento de tutor.**—Existe extralimitación decisoria de la sentencia desde el momento en que se supera lo que se había integrado en el suplico de la demanda. Así sucede cuando se solicita sentencia que acuerde el régimen de tutela o guarda y ésta además procede a nombrar tutor. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal presenta una demanda en la que solicita que se declare la incapacidad de don E. S. S. y se acuerde el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el declarado incapaz.

En primera instancia se declara la incapacidad del demandado para regir su persona y bienes, y se nombra tutora a doña M. L. C. S. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y confirma íntegramente la sentencia. El TS declara haber lugar al recurso de casación presentado por el Ministerio Fiscal y deja sin efecto el nombramiento de la tutora. (L. S. M. P.)

**5. Reclamación de paternidad no matrimonial: ha de dirigirse también contra el menor: nombramiento de defensor judicial: contraposición de intereses.**—Se ha ejercitado una acción de reclamación de paternidad no matrimonial, estimada en ambas instancias, y la demandada en su propio nombre y derecho, sin ejercer la representación de su hijo menor de edad por no haber sido demandado, se ha opuesto a la misma, sin otra intervención en el proceso que la del Ministerio Fiscal a partir del recurso de apelación. Es necesario advertir el carácter de orden público del estado civil, que exige la protección de los intereses del menor, que no puede estar ausente del proceso. Ha de tenerse en cuenta el artículo 163 CC, que constituye un desarrollo del artículo 162.2, y así la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de un conflicto de intereses que puede poner en peligro el del hijo al que representan. En el presente caso la madre demandada manifiesta intereses contrarios, en principio, a los del menor, como se demuestra con las sentencias dictadas en su contra en ambas instancias.

**Funciones y caracteres del cargo de defensor judicial.**—Según el artículo 299 CC el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados, cuando la persona que legalmente debe hacerlo —padres, tutores o curadores—, no lo hacen. Es un cargo judicial porque es necesaria una resolución del Juez que acuerde su nombramiento; cuando actúe debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así (STS de 10 de marzo de 1994); su nombramiento debe hacerse de oficio cuando el Juez conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario. Al estimar el recurso, procede, en consecuencia, la absolución de la instancia para permitir al demandante, si lo estima oportuno, dirigir la acción contra la demandada, el Ministerio Fiscal y el menor de edad representado por defensor judicial. (STS de 17 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—El menor nació en 1991 y la pregunta, obvia por lo demás, es si el nuevo proceso que eventualmente se interponga,

una vez rectificadas los defectos de forma denunciados, finalice en casación antes de que el hijo alcance la mayoría de edad. Si la estimación de la demanda del supuesto padre en ambas instancias constituye algún indicio de lo fundado de su pretensión, no resulta beneficioso para los intereses del menor que la justicia decida reconocérselo cuando la función paterna carece ya de sujeto sobre el que ejercitarse. Cfr. últimamente SSTS de 7 noviembre 2002 y 18 de enero de 2003. (G. G. C.)

**6. Títulos nobiliarios: la prescripción adquisitiva del título.**—El TS afirma que una persona que no se encuentre entre los llamados a la sucesión de un título nobiliario no podrá ser rehabilitado para adquirir éste, ni tampoco adquirirlo por usucapión. No obstante, si una persona se encuentra dentro del orden de sucesión del título, se afirma, tanto por la Ley 41 de Toro como por copiosa jurisprudencia (entre otras, las SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio y 7 de julio de 1986, 4 de junio de 1997, 7 y 17 de marzo de 1998 y 11 de junio de 2001), que la posesión por tiempo inmemorial (cuarenta años), llevada a cabo de forma continuada y sin interrupción durante dicho período de tiempo, prevalece sobre el mejor derecho genealógico. Dicha posesión ha de realizarse de forma pacífica, quieta y pública, para poder alterar el propio orden sucesorio y perjudicar por ello a los sucesores prellamados.

**Aspectos procesales: las costas en asuntos de naturaleza nobiliaria.**—El TS constata que no existe una jurisprudencia que afirme como criterio general la no imposición de costas en la instancia en asuntos de naturaleza nobiliaria. Prueba de ello son, entre otras, las SSTS de 13 de junio de 1996, 4 de junio de 1997, 7 de marzo de 1998, 19 de junio de 2000 y 11 de junio de 2001. (STS de 20 de febrero de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don S. D. de la C. interpone demanda contra don J. M. de la S. U., contra el Ministerio Fiscal y contra cualquier persona que se considere con mejor derecho para el uso y disfrute del título nobiliario de Marqués de Villar del Águila. El demandado formula reconvencción para que se declare que el actor carece de derecho al referido título, ya que él y su familia llevan más de cuarenta años en posesión del título de manera continuada y pacífica.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial declara no haber lugar al mismo, confirmando la sentencia de instancia. En casación, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto y condena al recurrente al pago de las costas ocasionadas. (S. E. M.)

**7. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Libertad de información.**—Afirma el TS que cuando una información veraz desacredita o desmerece a un sujeto, se ha de considerar una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Ahora bien, prima sobre tal derecho el de información, cuando se trate de una información veraz [art. 20.1.d) CE].

**Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. Contenido de la información veraz.**—Según la doctrina constitucional

(SSTC 46/2002, de 25 de febrero, 52/2002, de 25 de febrero, y 76/2002, de 8 de abril), la exigencia de veracidad supone que el informador debe comprobar la veracidad de los hechos, empleando para ello una diligencia razonable exigible a un profesional (según los cánones de la profesionalidad informativa) y excluyendo invenciones, rumores e insidias. Esta exigencia se gradúa de acuerdo con ciertos criterios, como el descrédito que conlleva la información, la condición pública o privada del afectado, el respeto a la presunción de inocencia, la consideración del hecho como noticioso o la fuente de la que proviene la información. Respecto de esta última, en concreto, se exige que sea fidedigna, seria, fiable y solvente. De lo contrario, no es suficiente con la comprobación por el informador de su identidad.

**Valoración de la indemnización del daño moral de acuerdo con el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.**—Para estimar la cuantía de la indemnización del daño moral por la lesión al derecho al honor y a la intimidad, el empleo de parámetros tales como la carga difamatoria de la noticia, su ubicación en el diario, la difusión de éste limitada a una provincia o los datos proporcionados al informador por el Ministerio fiscal, es conforme con los criterios establecidos por el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. (STS de 31 de enero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En el *Diario 16* de Málaga se publica un reportaje, firmado por don L. S. O., en el que se afirma que don O. H. H. está buscado por la justicia alemana y en el que se le relaciona con un asunto de tráfico de estupefacientes. La fuente de la información resulta ser una persona que se había querellado con don O. H. H. por estafa.

Don O. H. H. interpone demanda sobre protección del derecho al honor y a la intimidad contra el periodista, los editores del periódico y los directores del mismo. En ella solicita, entre otros pedidos, la declaración de la existencia de una agresión ilegítima a su integridad y honor, así como la condena al pago de una indemnización por daño moral y a la publicación íntegra en el citado diario del texto de la sentencia condenatoria.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena al periodista, así como, subsidiariamente, al resto de los demandados (de forma solidaria entre sí), al pago de una indemnización de 5.000.000 de pesetas y a la publicación del texto íntegro de la sentencia. Los demandados recurren el fallo en apelación y la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, rebajando la indemnización a 1.000.000 de pesetas. Frente a esta sentencia interponen recurso de casación parte de los demandados en primera instancia, recurso que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

**8. Derecho al honor: la intromisión ilegítima.**—El artículo 20.1.d) CE exige que la información que se difunda sea veraz y que se compruebe según los cánones de profesionalidad en los medios de comunicación, sobre todo cuanta mayor sea la trascendencia social de los hechos de los que se informe (STC 150/1990). El TS establece que la información gráfica o escrita que haya sido divulgada con omisión de esta diligencia profesional debida, constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen. Tan sólo cuando la información difundida entre dentro del campo de los erro-

res circunstanciales, y no afecte por este motivo a la esencia de lo informado, se podrá afirmar que la intromisión en el derecho al honor no es ilegítima. También es necesario en estos casos que posteriormente se proceda a la rectificación pertinente de la noticia difundida. Dicha rectificación ha de aclarar debidamente el error informativo, porque, de no ser así, no se subsana la intromisión ilegítima realizada.

**Indemnización: presunción del perjuicio.**—El TS, en su STS de 18 de abril de 1989, afirma que el artículo 9.3 de la Ley Orgánica sobre protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece que, acreditado el quebrantamiento del derecho al honor, existe una presunción de perjuicio que ha de incluir el daño moral ocasionado, y cuya valoración se llevará a cabo por la instancia teniendo en cuenta las particularidades concurrentes y la gravedad de la lesión producida. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don R. F. B. interpone demanda de incidente de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra doña M. A. M. G., don M. F. D. y *Editorial Prensa Asturiana, S. A.*, suplicando que se les declare responsables de una intromisión ilegítima contra el honor y la buena imagen, se le indemnice por daño moral y se rectifique en el diario *La Nueva España* la noticia por la que se le identificaba erróneamente como la persona contra la que se estaba siguiendo un juicio por agresiones sexuales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara a los demandados responsables de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, condenándolos solidariamente al pago de una indemnización de 1.000.000 de pesetas. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima y acoge parcialmente la adhesión al mismo del actor, revocando parcialmente la sentencia de instancia y condenando igualmente a los demandados a la publicación de la parte dispositiva de la sentencia de instancia. El TS declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados. (S. E. M.)

**9. Derecho al honor: ilegitimidad de la intromisión.**—Tanto el TC como el TS han declarado que la pugna entre el derecho al honor y el derecho a la información y libertad de expresión implica siempre un juicio de valor (STS de 11 de octubre de 2001). Dicho juicio habrá de realizarse tratando de captar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y el contexto en el que se emplean, para poder inducir el verdadero sentido, intención o finalidad que se pretende y, con ello, poder calificar como ilegítima la intromisión en el derecho al honor.

El TS considera que un exceso verbal consistente en calificar como «extorsión» una petición de indemnización, dadas las circunstancias y el contexto del caso, no tiene la gravedad y trascendencia como para ser calificada como una intromisión en el derecho al honor. (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña M. C. B. interpone demanda contra don E. G. I. sobre declaración de intromisión ilegítima en el derecho al honor en

el curso de un mitin electoral, siendo parte el Ministerio Fiscal. En dicho mitin el demandado se refirió a la actora como «la figura del típico cacique de este país por ser partícipe dentro del ámbito familiar, en la extorsión de un ciudadano, pidiéndole 3.000.000 de pesetas para no denunciarle por unas obras».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve de todos los pedimentos al demandado. Interpuesto por éste recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima de nuevo el recurso y confirma íntegramente la sentencia recurrida. El TS declara en casación no haber lugar al recurso. (S. E. M.)

**10. Deber de colegiación de los odontólogos y estomatólogos.**—La Orden ministerial de fecha 13 de noviembre de 1950 aprobó el Estatuto reglamentario de la profesión colegiada de odontología-estomatología, sin que la misma haya sido derogada por disposiciones de organización colegial, de mayor o menor rango legislativo dictadas con posterioridad, y el artículo 39 de dicho Reglamento estableció la pertenencia obligatoria al Colegio respectivo de todos los odontólogos y estomatólogos ejercientes en territorio español.

En relación con el tema de la obligatoriedad colegial, es de decir que ello no significa ninguna contradicción con los derechos de asociación y sindicación proclamados en los artículos 22 y 28 CE, respectivamente, coexistencia la indicada que fue reconocida por el TC, en SS número 123/1987, 89/1989 y 35/1993, al razonar que «la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del derecho y principio de libertad asociativa, activa o pasiva» y que «la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada, y menos una supresión, del derecho garantizado en el artículo 22 CE y reconocido en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...), porque la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses, ya que no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre los artículos 22, 28 y 36 CE, siendo así que dicha colegiación no impone límite o restricción al derecho a asociarse o sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes», y en sentido análogo se pronunció la S 194/1998, dictada, asimismo, por el meritado Tribunal.

**Jurisdicción competente.**—Es precisamente en el previo presupuesto de la concurrencia de un acto administrativo en el que procede centrar la resolución de la cuestión debatida, debiendo adelantarse al respecto que en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de Derecho público, están sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo. En este orden de cosas, lo acontecido fue que una profesional que venía obligada a inscribirse en su correspondiente organización colegial se negó a ello, demostrando una absoluta inactividad al respecto y pretendiendo amparar su negativa en estar ya inscrito en la organización que agrupa a la clase médica, pero esto carece de validez y relevancia, pues aun siendo la estomatología una especialidad médica, la circunstancia de su efectivo ejercicio obligaba a darse de alta en el especí-

fico Colegio creado para la misma; ahora bien, la realidad de lo acontecido no significa, por supuesto, que lleve implícita la inexistencia de un acto administrativo, al poder concurrir cualquiera que sea la modalidad que adopte. Y así, no es posible olvidar que el Colegio recurrente requirió en varias ocasiones a la profesional recurrida para que solicitase su incorporación al mismo, requerimientos los indicados que permiten configurarlos como manifestación de un acto administrativo. Por consiguiente, atendiendo a la obligatoriedad de la colegiación y a la carencia de medios coactivos para llevarla a cabo directamente por el Colegio, es incuestionable la necesidad en que se encuentra de impetrar el auxilio judicial, el cual, a tenor de cuantas consideraciones han sido formuladas y de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habrá de prestarse a través del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (...).

Aparte de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas, que, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, han asumido competencias en esta materia, con posterioridad a la fecha de incoación de la demanda iniciadora de este proceso, el artículo 2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas», y no cabe olvidar que estas Corporaciones integran lo que tradicionalmente se conoce como «Administración Corporativa», cuyo fundamento último se encuentra en la Constitución Española de 1978, donde, en su artículo 36, inciso primero, con referencia a los Colegios Profesionales, se dispone que «la ley regulará las peculiaridades propias del Régimen Jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas», y, asimismo, la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, en su artículo 1, dice que «los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines». (STS de 6 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la XII Región demandó, por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, a doña A. N. B. La cuestión litigiosa se centraba, de una parte, en si la litigante pasiva, que se encuentra en posesión del título de estomatología y ejercía dicha profesión en la clínica dental que tiene abierta en Oviedo sin hallarse inscrita en el Colegio demandante, está o no obligada a colegiarse en el mismo, para lo que fue requerida por el Presidente de la referida Corporación, y de otra, si el conocimiento de la cuestión suscitada correspondía o no al orden jurisdiccional civil.

El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, con base en la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la cuestión objeto del debate.

El actor ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. (O. M. B.)

**11. Colegios profesionales. Naturaleza jurídica y jurisdicción competente.**—La Ley 2/1974, de 13 de febrero, otorga de modo expreso a los Colegios profesionales el carácter de Corporaciones de Derecho público. Por su parte, la STC de 15 de julio de 1987 los define como corporaciones sectoriales de base privada es decir, entidades de carácter esencialmente privado pero que, a su vez, ejercen funciones públicas. Debido a esta dualidad de funciones, la STS de 12 de junio de 1990 estableció que la faceta asociativa privada de los Colegios debe quedar sometida al Derecho civil. Por el contrario, para que la jurisdicción contenciosa resulte competente deberá concurrir, como requisito ineludible, la previa presencia de un acto administrativo. Así ocurrirá en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral y decisiones sobre colegiación y disciplina, cuestiones que, por su evidente matiz de Derecho público, resultarán sujetas al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.

**Colegiación forzosa y derecho constitucional de libertad asociativa. Compatibilidad interna entre los artículos 22, 28 y 36 CE.**—La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la ley para el ejercicio de la profesión, no implica ninguna contradicción con los derechos de asociación y sindicación proclamados en los artículos 22 y 28 CE, porque tal colegiación no impide que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses. (STS de 30 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un estomatólogo, aunque ejercía efectivamente su especialidad, se negó a inscribirse en su correspondiente organización colegial. Este profesional justificaba su negativa en estar ya inscrito en la organización que agrupa a la clase médica, pese a que la estomatología constituye una especialidad médica autónoma. El Colegio de Odontólogos y Estomatólogos requirió en varias ocasiones al profesional para que solicitase su incorporación al mismo, requerimientos que tienen la consideración de actos administrativos. Ante la carencia de medios coactivos, el Colegio acude al auxilio judicial e incoa un juicio de menor cuantía contra el citado profesional. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que el profesional está obligado a colegiarse, con todos los derechos y deberes que tal colegiación comporta. En grado de apelación, esta sentencia es revocada y se declara la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda formulada por el Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto por el citado Colegio profesional. (M. C. C. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**12. Negocios de fijación jurídica.**—Son conocidos en la doctrina alemana como *festellungsvertrag*, y en la italiana como *negozio di accertamento*. La doctrina española los define como aquellos mediante los cuales las partes tratan de evitar incertidumbres y controversias existentes o que puedan surgir en un futuro. Es además un negocio que constituye una situación jurídica de Derecho sustantivo. Las partes, a raíz de relaciones jurídi-

cas preexistentes delimitan, precisan y determinan el alcance de sus obligaciones futuras.

La jurisprudencia ha asimilado el negocio de fijación con los contratos reproductivos o reconocitivos (SSTS de 26 de marzo de 1990 y 30 de abril de 1999), si bien ha matizado que no se trata únicamente de facilitar la actividad probatoria respecto de lo acordado, sino también de excluir posibles pretensiones derivadas de relaciones jurídicas previas entre las partes. La consecuencia jurídica que se consigue es similar a la transacción regulada en el artículo 1816 CC.

Más genéricamente, puede ser definido el acuerdo como novación modificativa o impropia, toda vez que, subsistiendo el vínculo previo y originario, no cabe definir la novación como extintiva (STS de 23 de mayo de 2000).

**Supuestos en que cabe aplicar la equidad del artículo 3.2 CC.**—Reiterada jurisprudencia exige para acudir a la equidad que de los textos legales resulte imposible la resolución del litigio. En todo caso, su aplicación será restrictiva y prudente (SSTS de 8 de febrero de 1996, 10 de diciembre de 1997 y 29 de diciembre de 1998). (STS de 20 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La mercantil *Pesquertas Españolas de Bacialo, S. A. (PEBSA)*, encarga a la *Empresa Nacional Bazán de Construcciones militares, S. A.*, la construcción de ocho buques atuneros congeladores por un precio de 300.000.000 de pesetas cada buque. Unos años más tarde, se incorporó al contrato inicial un primer *addendum* en el que se precisaban las estipulaciones originarias. En la misma fecha, las partes suscribieron un segundo *addendum* para fijar definitivamente los acuerdos pactados.

Ante el incumplimiento por parte de Bazán de lo acordado en el segundo *addendum*, PEBSA interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia que es estimada en su totalidad, en el sentido de condenar a la demandada al pago de más de 1.400.000.000 de pesetas a la actora. En grado de apelación, la Audiencia confirma la sentencia de instancia. El TS en casación declara no haber lugar al recurso. (J. D. S. C.)

**13. Negocio fiduciario. Concepto.**—En el negocio fiduciario 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.

**Efectos del negocio fiduciario entre las partes: el fiduciante conserva la titularidad real de los bienes, mientras que el fiduciario ostenta una titularidad formal o de dominio impropio.**—En el negocio fiduciario se transmite al fiduciario una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso... con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SSTS de 28 de diciembre de 1973, 2 de junio de 1982, 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988, 19 de marzo de 1989,

5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991, 30 de abril de 1992 y 5 de julio de 1993), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (SSTS de 9 de octubre de 1987 y 8 de marzo de 1988), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (STS de 19 de mayo de 1989).

**Diferencias con la simulación absoluta.**—Las diferencias esenciales entre el negocio simulado —en su especie de simulación absoluta o carente de causa— y la *fiducia cum amico* son: *a*) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras el fiduciario es un negocio serio, querido con todas las consecuencias jurídicas; *b*) el simulado es un negocio simple mientras que el otro es complejo; *c*) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derechos, y el fiduciario es válido (STS de 28 de octubre de 1988), y *d*) el negocio simulado carece de causa, por lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva insita la *causa fiduciae* (STS de 30 de enero de 1991).

**Inexistencia de la fiducia cuando el adquirente conserva la titularidad de los bienes transmitidos.**—El negocio fiduciario presupone unos vínculos entre fiduciante y fiduciario para que por éste se cumpla el encargo confiado, y por tanto su propiedad formal sobre los bienes desaparezca reintegrándose al patrimonio del fiduciante. Por ello no se puede hablar de fiducia cuando tras la adquisición de los bienes por la compradora ésta mantiene su titularidad con la aquiescencia del supuesto fiduciante.

**Validez de la donación encubierta bajo la apariencia de una compraventa formalizada en escritura pública.**—En orden a admitir la eficacia de la donación disimulada, bajo la apariencia de una compraventa simulada, la jurisprudencia ha aceptado la validez de dicha donación cuando constando la realidad del *animus donandi*, el negocio jurídico se hubiera formalizado en escritura pública en cuyo otorgamiento hubiera participado el interesado (por todas, STS de 13 de diciembre de 1993). (STS de 13 de febrero de 2003; ha lugar.)

**HECHOS.**—En 1979, el actor don L. F. compró en documento privado una vivienda en la que convivió con su compañera sentimental, doña A. G., desde 1981 hasta 1993. En mayo de 1983, con autorización del demandante, los vendedores otorgaron escritura pública de compraventa de la referida vivienda a favor de la conviviente. Simultáneamente, el demandante suscribió un documento privado en el que renunciaba a sus derechos sobre el inmueble. Con posterioridad, en 1993, el demandante declara en acta notarial que el mencionado piso era de su propiedad, a pesar de figurar a nombre de su compañera, ya que fue él quien pagó íntegramente el precio de la compra. Cesada la convivencia, doña A. G. continuó en el uso de la vivienda. Doña A. fallece y sus herederos adquieren el inmueble. Ante ello don L. F. demanda a aquéllos reclamando la propiedad del piso. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia estima la apelación y declara que el actor es propietario del inmueble. El TS admite el recurso de casación planteado por los demandados. (C. O. M.)

**14. Incongruencia en la decisión judicial.**—Para que se observe incongruencia en el fallo judicial, es necesario que verse sobre las pretensiones de las partes, y no sobre el resultado de un juicio anterior cuyo objeto litigioso se configure sobre distinto motivo (diferente es la acción de retracto que la acción de nulidad contractual).

**Ejercicio de la acción de nulidad en los supuestos de simulación absoluta.**—La acción de nulidad es de carácter imprescriptible. No es de aplicación el artículo 1301 CC, ya que no nos encontramos ante un contrato que reúna los requisitos del artículo 1261 CC. En la simulación absoluta se produce una inexistencia de causa y privación de efectos contractuales (SSTS de 5 de noviembre de 1981 y 23 de julio de 1993). (STS de 21 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad anónima GAOS celebró un contrato de aportación de bienes inmuebles a la sociedad C. de R., y del mismo modo, esta última otorgó una opción de compra sobre tales bienes a O. Ibéricos S. A., fincas sobre las que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ejercitó derecho de retracto en los autos 422/1990. Por ello, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha interpone contra dichas entidades demanda sobre nulidad de contrato de aportación por simulación absoluta. La sociedad O. Ibéricos contestó solicitando se dictara sentencia por la que se declarase la plena validez y eficacia de la opción de compra realizada en escritura el 7 de mayo de 1992, en virtud de su condición de tercero hipotecario, y, subsidiariamente, para el caso de reconocerse el derecho de retracto de la Junta, se le reconozca el derecho a percibir la indemnización pactada por los perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando la nulidad radical del contrato de aportación de bienes inmuebles, así como la opción de compra convenida. Tras interponer recurso de apelación, se dictó sentencia desestimatoria. Se interpuso recurso de casación, con base en la infracción de los artículos 1251, 1252, 1276, 1302 y 1303 CC, así como, de los artículos 34 y 37.3 LH. El TS declaró no haber lugar al recurso. (P. S. S.)

**15. Nulidad de escritura pública de compraventa. Efectos jurídicos de la declaración de nulidad contractual.**—El artículo 1303 CC tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra; es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta y no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa; y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley. Por consiguiente, cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración, debiendo los implicados devolverse lo que hubieran recibido por razón del contrato. La norma del artículo 1303 CC parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero nada obsta a su aplicación a otros tipos contractuales.

**Restitución de la cosa. Imposibilidad por haber pasado la cosa a poder de un tercero hipotecario. Aplicación del artículo 1307 CC.**—Resultado incuestionable que el bien debe restituirse *in natura*, es decir, el mismo que fue objeto de la transmisión inválida. Pero puede ocurrir que ello no sea posi-

ble por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de aplicarse el artículo 1307 CC, cuya normativa rige también para la nulidad radical y que, al igual que sucede con el artículo 1303 CC, es aplicable de oficio como efecto *ex lege*, y constituye una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, que opera incluso con independencia de si se recoge o no en la parte dispositiva de la sentencia (cfr. STS de 8 de noviembre de 1999). Ciertamente, el artículo 1307 CC se refiere a cosa «perdida», pero la doctrina jurisprudencial extiende la previsión normativa a cualquier tipo de indisponibilidad material o jurídica y, en tal sentido, cuando la obligación de reintegro *in natura* no puede ser objeto del adecuado y completo cumplimiento, al interferirse un contrato de disponibilidad, cuya validez o ineficacia ha quedado sin determinar, el reintegro sólo opera sobre lo que la compradora tiene a su disponibilidad. La indisponibilidad puede ser total o parcial, y se produce cuando toda la cosa, o una parte de ella, ha pasado a poder de un tercero hipotecario (cfr. SSTS de 15 de junio y de 6 de octubre de 1994 y de 6 de junio de 1997).

**Alcance del reintegro sustitutivo. Habrá de tomarse el valor de la cosa en el momento de su disponibilidad.**—Para el adecuado cumplimiento del reintegro sustitutivo que contempla el artículo 1307 CC, habrá de estarse al valor de la cosa en el momento de su disponibilidad. El momento es aquel en que, por su enajenación a terceros de buena fe, la cosa vendida se hizo irreivindicable, no el de la sentencia que así lo declara, habida cuenta que esta sentencia es declarativa, no constitutiva, y se limita a constatar una situación preexistente. De ahí que la obligación de restitución surja en el momento en que los vendedores enajenaron las cosas, careciendo de poder dispositivo sobre ellas (cfr. STS de 6 de junio de 1997).

**Indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la declarada nulidad. Improcedencia de su declaración cuando el adquirente actúa de buena fe. Remisión al orden jurisdiccional contencioso-administrativo si derivan de funcionamiento anormal de un servicio público.**—No cabe estimar ninguna responsabilidad civil por tal concepto de los compradores (adjudicatarios) respecto a la entidad vendedora (ejecutada), porque ni resulta aplicable en el caso como efecto legal de invalidación con fundamento en el artículo 1307 CC, ni es admisible con base en los artículos 1101 y 1106 CC, como tampoco lo habría sido en sede de culpa extracontractual del artículo 1902 CC, porque en modo alguno cabe apreciar mala fe o negligencia en dichos compradores, toda vez que el adjudicatario de la subasta actuó con base en la apariencia de legalidad de la tramitación del procedimiento de apremio. Y en lo que atañe a una responsabilidad civil por perjuicios de la Administración General del Estado respecto de la actora, debe decirse que el ámbito de responsabilidad como consecuencia de la ilegalidad del embargo, o irregularidad del procedimiento de apremio, no es competencia de la jurisdicción civil, sino del orden contencioso-administrativo, por cuanto claramente el tema corresponde al funcionamiento anormal de un servicio público.

**Usucapión *secundum tabulas*. Exigencia de la usucapión extraordinaria cuando la inscripción se basa en un título radicalmente nulo.** No se produce infracción del artículo 35 LH cuando nos hayamos ante un título nulo radical o absoluto, sin que nuestro Derecho hipotecario admita de forma pura la *usucapion secundum tabulas*, por lo que no cabe pretender una «prescripción tabular» extraña a un sistema de inscripción no constitutivo, pues la motivación finalista del artículo 35 LH es únicamente posibilitar al

titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 LH, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapición ordinaria cuando de otra suerte debiera utilizar la usucapición extraordinaria; o bien la de facilitar la usucapición ordinaria en orden a la prueba de las circunstancias exigidas por ésta (cfr. SSTS de 27 de mayo de 1991 y de 26 de febrero de 1999). La inscripción no es un modo de adquirir derechos, sino de asegurar los adquiridos y no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes –art. 33 LH– (STS de 11 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–La mercantil *ICG, S. A.*, sufrió el embargo y subasta de una finca de su propiedad en expediente administrativo de apremio, seguido contra aquélla por impago de la contribución urbana. El adjudicatario de la parcela hizo cesión del remate de dos terceras partes, adjudicándose finalmente por tres partes iguales e indivisas mediante escritura pública que accedió al Registro de la Propiedad. Los nuevos propietarios, como titulares registrales de la finca, procedieron a segregar una porción de la misma que vendieron a una constructora, la cual a su vez segregó otras dos parcelas que igualmente transmitió a terceros. Con posterioridad, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos declaró la nulidad de pleno derecho de la diligencia de embargo, así como de todas las actuaciones posteriores, incluidas la subasta y adjudicación del bien y demás actos de los que traiga causa. La mercantil embargada solicitó ante dicho órgano la ejecución de la sentencia, que fue denegada por la Sala, rechazando las peticiones de otorgamiento de escritura pública de retrocesión del dominio e indemnización de daños y perjuicios, al considerar que el conocimiento de tales extremos era competencia de los Tribunales civiles. Acude la mencionada entidad a la vía civil y demanda a la Administración General del Estado, así como a los adjudicatarios, solicitando la nulidad de la escritura pública otorgada por el Recaudador de Tributos del Estado a favor de estos últimos, la entrega de la posesión de la finca matriz, el pago de todos los gastos generados y la condena a la indemnización de los daños y perjuicios por la imposibilidad de reintegración de las porciones segregadas. Los adjudicatarios demandados, amén de oponerse, reconvinieron solicitando la devolución de las cantidades por ellos abonadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvenición. La Audiencia Provincial de Burgos, acogiendo la apelación, estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvenición. El TS dio lugar a los recursos de casación interpuestos por la Administración General del Estado y por los demandados, rechazando por el contrario el planteado por la actora. (*L. A. G. D.*)

**16. Compensación de deudas. La apreciación de la prueba corresponde a la Sala de instancia, que puede dar valor probatorio a un documento privado no reconocido por una de las partes.**–Para la desestimación de este motivo, basta con transcribir literalmente la manifestación que encabeza su desarrollo. En efecto, dice así: «La sentencia basa su fallo en la

ausencia de prueba. Esta parte entiende que hay prueba suficiente que acreditan el pago». Difícil es encontrar una manifestación tan patente de pretensión de alteración unilateral de la apreciación de la prueba hecha en instancia contra toda prohibición casacional de la actuación pretendida.

Los recibos aludidos, presentados precisamente de contrario, acreditan el importe de los pagos a cuenta realizados, pero en absoluto suponen un reconocimiento del saldo pendiente, como de forma inoportuna pretende la recurrente. En ninguno de los mismos se consigna el cargo del importe reclamado, que pretende deducir la compañía demandada.

A este respecto, y como referencia al marco general en el que pretende operar este improcedente motivo, conviene subrayar que la jurisprudencia tiene declarado con reiteración que la falta de reconocimiento de un documento privado no le priva íntegramente del valor probatorio que el artículo 1255 CC le asigne, pudiéndose tomar en consideración, ponderando el grado de credibilidad que puede merecer en las circunstancias del debate, o complementado con otros elementos de prueba, pues la posición contraria supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento (SSTS de 27 de enero y 11 de mayo de 1987, 25 de marzo de 1988, 23 de noviembre de 1990 y 18 de noviembre de 1994).

Por último, la alusión a pagos realizados por la actora constituye cuestión ajena a la pretensión de reclamación de cantidad que se ejercita en la demanda, que no solicita otra cosa que el pago de cantidad debida no satisfecha.

**La apreciación de la compensación de deudas recíprocas, corresponde, como realidad fáctica, al juzgador de instancia, según reiterada doctrina jurisprudencial.**—La compensación es una forma de extinguir la cantidad concurrente de las obligaciones de dos personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra.

Para que se dé la situación compensadora a que alude el artículo 1195 CC se produce simplemente por la apreciación y su siguiente reconocimiento judicial, basado en hechos no suficientemente contradichos, de existencia de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, sin exigencia de que las deudas cruzadas tengan un origen común. La compensación es de apreciación exclusiva del juzgador de instancia, y el pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consisten en dinero, estén vencidas y sean líquidas y exigibles, bastando en consecuencia su alegación, aunque sin formalidad reconvencional, siempre que sea reconocida judicialmente por darse las exigencias que le dan vida (SS de 29 de abril de 1944, 7 de octubre de 1966 y 31 de mayo de 1985).

La apreciación de la compensación de deudas recíprocas corresponde, como realidad fáctica, al juzgador de instancia, según reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 7 de marzo de 1988, 30 de mayo de 1990 y 18 de febrero de 1991).

El motivo no puede ser atendido, ya que la sentencia de instancia no ha admitido la compensación, pues, además de tener en cuenta la misma, la anterior doctrina jurisprudencial destaca que la primera cuestión litigiosa de la pretendida deuda a compensar es su existencia, al haber estimado la caducidad de la causa y origen de la misma. (STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una empresa suministradora de hormigón demanda a una constructora por el impago de ciertos pedidos de este

material. La demandada alega la existencia de un crédito a su favor contra la demandante originado por los vicios que presentaba una partida de hormigón diferente, crédito cuya existencia no logra demostrar. Rechazada la posibilidad de compensación de ambas deudas, la demandada es condenada en ambas instancias, por lo que interpone el correspondiente recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (M. C. B.)

**17. La resolución contractual. Concepto.**—La resolución contractual es entendida en nuestro sistema como una facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, la cual tiene derecho a tenor del artículo invocado a optar, entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que lo puede llevar a efecto, bien en vía judicial, o ya fuera de ella por declaración del acreedor, bien entendido que si ésta no es aceptada por la otra parte, la resolución queda sometida al examen y aprobación por los Tribunales, que son a los que en definitiva les corresponde declarar si está bien hecha o por lo contrario no es ajustada a Derecho.

**La resolución contractual. Requisitos.**—Es el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones básicas del contrato, unido al cumplimiento de la otra parte, lo que determina la resolución del contrato; incluso en otras sentencias, como la de 30 de marzo de 1992, se exige más «una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente». (STS de 27 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. O. M. interpuso demanda contra la entidad *Exportaciones del Campo, S. L.*, por resolución de contrato. El Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba estimó parcialmente la demanda. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**18. Responsabilidad de la entidad bancaria por incorrecta información sobre trato fiscal de la inversión realizada. Buena fe y protección de la confianza.**—Incorre en una conducta negligente, y defrauda la confianza que el cliente tiene depositada en ella, la entidad bancaria que facilita a su cliente una información inexacta y no contrastada acerca del régimen fiscal aplicable a las «cesiones de crédito» que le propone y que le hacen perder el régimen de opacidad fiscal de que disfrutaba con los pagarés del Tesoro que tenía suscritos y cuyo importe desinvertió para destinarlos, por razón de aquella información, a adquirir las cesiones de crédito.

**Concurrencia de conducta negligente imputable al cliente. Moderación de la cuantía de la indemnización.**—No se adecua a la diligencia que debe observar un «ordenado empresario» —teniendo en cuenta la cuantía económica de la operación y el abandono de una situación de opacidad fiscal para invertir en una nueva operación— el fiarse exclusivamente en la información, no contrastada, que facilitan los empleados de la oficina bancaria sin

acudir al asesoramiento de expertos fiscales externos que hubieran podido poner de manifiesto el correcto tratamiento fiscal de la inversión y las consecuencias tributarias de la misma.

**Interpretación de una cláusula contractual.**—Conforme a la STS de 27 de septiembre de 1996, el artículo 1288 CC sólo entra en juego cuando ha de ser interpretada una cláusula contractual y utilizados los criterios legales de interpretación y, primordialmente, las reglas de la lógica, el resultado obtenido no es unívoco sino que origina varios en análogo grado de credibilidad. En el mismo sentido, la STS de 20 de septiembre de 2001 afirma que sólo se debe acudir a la norma interpretativa del artículo 1288 CC cuando no sea posible atenerse al sentido literal de las cláusulas del contrato, pues el criterio gramatical establecido en el artículo 1281 CC es preferente. (STS de 30 de enero de 2003; ha lugar.)

**HECHOS.**—*Rimobel, S. A., y Banco Bilbao Vizcaya, S. A.,* celebran unos contratos de «cesión de créditos» que, según este último, no están sujetos a retención fiscal ni existe obligación respecto de ellos de presentar informe a la Hacienda Pública. A requerimiento de la Hacienda Pública, la entidad bancaria comunica el nombre de los titulares de dichas cesiones y, como consecuencia de ello, *Rimobel, S. A.,* se ve obligada a realizar declaraciones complementarias por las cantidades invertidas. Al tiempo de contratar las cesiones, *Rimobel, S. A.,* tenía invertidas aquellas cantidades en Pagarés del Tesoro que gozaban de unas ventajas fiscales que perdió al desinvertirlas para adquirir las cesiones.

*Rimobel, S. A.,* presenta demanda en la que solicita que se condene al *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.,* a pagar la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de los contratos de cesión de créditos celebrados entre las partes. *Rimobel, S. A.,* presenta recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que revoca la recaída en primera instancia y desestima la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación y estima parcialmente la demanda, porque, aunque existe negligencia en la conducta de la entidad bancaria, concurre conducta negligente por parte del cliente y procede moderar la cuantía de la indemnización. (L. S. M. P.)

**19. Rescisión por fraude de acreedores. La equivalencia objetiva de las prestaciones debe imponerse frente a la subjetiva para protección de acreedores defraudados, salvo que se demuestren las razones por las que se ha alterado la primera.**—La Audiencia aplica el artículo 1297 CC al negocio en razón de la diferencia que dice que existe entre el valor de la vivienda a efectos de ejecución hipotecaria (11.885.250 pesetas), y el capital del préstamo (7.500.000 pesetas) con el que se pagó la carga anterior. Ve en ella un desplazamiento de valor sin ninguna causa que lo justifique y en directa relación con el perjuicio de los acreedores. Este criterio puede compartirse; la equivalencia objetiva de las prestaciones debe imponerse frente a la subjetiva para protección de acreedores defraudados, salvo que se demuestren las razones por las que se ha alterado la primera.

Argumentan los recurrentes en torno a que no se ha probado por la actora la insolvencia de los codemandados vendedores del inmueble ni el de la deu-

dora principal a la que afianzaron solidariamente. Pero esta Sala dijo en su S de 11 de abril de 2001 que no se podía gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor, pues está a disposición del demandado de rescisión la prueba más fácil del hecho positivo de que tienen bienes realizables que no se han perseguido. En este pleito, el actor alegó que el único bien que conocía de los deudores, y que fue objeto de negocio dispositivo que les perjudica, está gravado con cargas que impiden la satisfacción de sus derechos. A los demandados correspondía la prueba positiva de que existían otros bienes aptos para este fin, lo cual es más lógico que exigirle al primero la prueba diabólica de que el deudor carece de todo bien. (STS de 12 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sant Boi de Llobregat, fueron vistos los autos de juicio declarativo, instados por la entidad *Banco Hispanoamericano, S. A.*, contra don A. A. S. y don A. C. A. declarados en rebeldía por su incomparecencia y contra don J. C. A. y doña R. M. M. S., sobre crédito hipotecario.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por la Audiencia Provincial se dicta sentencia estimando parcialmente el recurso. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

**20. Hechos inatacables en casación.**—Al plantear el motivo un supuesto fáctico diferente al recogido por la prueba de instancia incurre en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, porque proclama, en contra de la resultancia fáctica recogida en la sentencia impugnada y no combatida adecuadamente en casación, que actuó con corrección como Administrador único de la sociedad. Este recurso extraordinario de casación está destinado por el legislador a examinar si a unos hechos intangibles declarados en instancia, acreditados por la libre apreciación de la prueba, les resulta aplicable o no determinado precepto, pero en modo alguno puede convertirse en una tercera instancia —SS de 29 de febrero de 1988; 21 de diciembre de 1989; 9 y 10 de abril; 20 de mayo y 2 de noviembre de 1990, y 13 de mayo de 1997; 2 de febrero, 22 de mayo, 6 y 20 de junio; 12 de julio y 26 de septiembre de 2000, y 27 de febrero de 2001, entre otras muchas— no siendo posible intentar justificar las infracciones normativas denunciadas, prescindiendo de lo que la instancia ha declarado como probado —S de 6 de diciembre de 1991—.

**Acción pauliana.**—La subsidiariedad de la acción ex artículo 1111 CC no puede interpretarse con un sentido absoluto, porque ya la doctrina de esta Sala ha permitido, desde la aña S de 26 de mayo de 1942, que en el mismo pleito entablado contra los deudores del deudor se pueda acreditar la insolvencia de éste, no siendo por ello rigurosamente preciso y necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar su insolvencia, siendo suficiente con que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo el acreedor cobrar

**Vigencia del aval.**—El tercer motivo estima infringido el artículo 1281.1 CC por inaplicación, porque siendo claros y precisos los términos del aval de 1 de agosto de 1991, núm. 39 de los acompañados a la demanda, no procede hacer interpretación legal ni doctrinal y ha de estarse al tenor literal de su clausulado. Se añade en el motivo que el aval presentado tenía una vigencia

de noventa días, por lo que el afianzamiento quedó extinguido y muerto para la realidad jurídica debatida.

El motivo decae inexcusablemente porque consta acreditado en autos que durante el citado plazo de noventa días del aval prestado, la entidad *Nokia* suministró mercancías por importe notoriamente superior a la cantidad avalada, las cuales se encuentran impagadas.

Por otra parte, el plazo de vigencia de noventa días no supone un plazo de caducidad para el ejercicio de acciones dimanantes del aval, sino como plazo de garantía en su sentido técnico y por ello aparece correcta la estimación de la petición de condena solidaria hasta la referida cantidad de 60.000.000 de pesetas.

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Madrid se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad.

Estimada la demanda por el Juzgado, la Audiencia desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación (*O. M. B.*).

**21. Tercería de mejor derecho. Póliza de préstamo y póliza de crédito. La preferencia —orden de antigüedad (art. 1924.3.º CC)— la determina en la primera la fecha del contrato aunque se haya estipulado una liquidación, que es mera operación aritmética, y en la segunda, la fecha de la liquidación, necesaria para que el crédito quede determinado y exigible.**—El crédito cuya preferencia se mantiene en una tercería de mejor derecho, debe tener determinada la cantidad y estar vencido: la fecha decisiva es la del contrato. Pero si el crédito no está determinado, la fecha decisiva es aquella en que se ha fijado fehacientemente el saldo deudor.

Por tanto, en la *póliza de préstamo*, verdadero contrato real de préstamo dinerario, la cantidad queda determinada desde la fecha misma del contrato en que se ha entregado el dinero y con una simple operación aritmética se sabe, con exactitud, el saldo deudor. En la *póliza de crédito*, la entidad crediticia sólo puede conocer el saldo deudor tras la práctica de una liquidación, ya que en la cuenta se hacen extracciones e ingresos que lo aumentan o disminuyen; por ello, la cantidad queda determinada en la fecha de la liquidación.

Esta es la doctrina jurisprudencial que resume la S de 30 de octubre de 1995 que dice: «la póliza de préstamo documenta fehacientemente una cantidad ya recibida o que se recibe por el prestatario, naciendo desde la perfección del contrato de préstamo su obligación de restituir, bien toda la cantidad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado. En cambio, la póliza de crédito concede la facultad al prestatario de exigir al prestamista cantidades hasta un máximo, tratándose así de una obligación de restitución de lo recibido nada más que en el supuesto en que efectivamente haga uso de su facultad y hasta el monto en que lo haya efectuado, lo que exige su necesaria liquidación y concreción con fecha posterior a la póliza para establecer el crédito que el concedente del crédito puede exigir al acreditado. Aunque en la póliza de préstamo se hubiere pactado el reintegro parcial de lo prestado, ello no empece a la fijación desde el momento de la perfección del contrato de lo debido. No se precisa más que de una simple operación matemática posterior, por lo que no puede afirmarse, y sí en la póliza de crédito, que la cuantía está indeterminada; no depende, como en esta última, de las disposi-

ciones de crédito y reintegros del prestatario durante su vigencia. La S de esta Sala de 6 de junio de 1995 dice: «... la jurisprudencia de esta Sala, según la cual las pólizas de crédito sólo podrán hacer valer preferencia desde la fecha de la liquidación o determinación de la cantidad para que ésta sea exigible, es jurisprudencia que se refiere exclusivamente a las pólizas de crédito, en que la deuda oscila según las disposiciones y reintegros de cantidades hechas por el acreditado en la cuenta corriente donde ordinariamente se gestiona el crédito. Pero tal determinación no es necesaria en los préstamos, que por ser tenidos ordinariamente como contratos reales, que perfeccionan por la entrega de la cantidad prestada, son demostrativos desde la fecha de la entrega de dinero de la cantidad que el prestatario tienen obligación de devolver como principal». Con anterioridad, la S de 27 de octubre de 1941 había declarado que en la póliza de crédito no consta el crédito que se pretendía preferente, pues tal crédito no nace sino de las entregas hechas efectivamente por el banco, entregas que no se determinan ni podían determinarse en dicha póliza, «porque lo que constituye en deudor al cuentacorrentista no es la apertura de la cuenta corriente, sino el saldo de ella... siendo imposible que un documento haga constancia de un crédito que al otorgarse no existía y cuya existencia dependía de hechos futuros y eventuales que, de producirse, habrían de determinar su cuantía».

Doctrina ésta que ha sido reiterada por la S de 30 de abril de 2002, que trata de un caso en que precisamente se previó en el contrato de préstamo una estipulación por la que la parte prestataria se sometía a la certificación de liquidación que hacía la prestamista a los efectos prevenidos en el artículo 1435 LEC, y dice lo siguiente: «La reseñada estipulación presenta la naturaleza de un pacto procesal con finalidad de favorecer el acreditamiento de uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez de la deuda reclamada, y previene algo que si bien en este caso resulta superfluo, habida cuenta de la liquidez que por sí misma genera esta operación de préstamo, redundará en la demostración y concreción de la deuda para el caso de formular una reclamación judicial de su importe; sin embargo, lo debatido en este juicio de tercería es el mejor derecho dimanante de un negocio jurídico, que no nace de la certificación, sino de la póliza de préstamo donde fue formalizado, de manera que, al no resultar legalmente necesario, no puede afectar a la determinación de la preferencia del crédito aquí discutida; en definitiva, esta obligación es líquida, toda vez que se perfeccionó por la entrega de la cosa, y no precisa de ulterior liquidación, sin que le sean aplicables los dos últimos párrafos del artículo 1435 CC, y ello con independencia de la inclusión en las cláusulas de la póliza de préstamos del aludido pacto de liquidación, que es inocuo en este contrato por la propia naturaleza líquida de la obligación que contiene». (STS de 2 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja Postal de Ahorros*, parte demandada en la instancia y recurrida en casación, otorga póliza de préstamo (*rectius*, contrato de préstamo, como contrato real) en fecha 29 de enero de 1990, a don A. M. T.; ante la falta de pago, se practica la liquidación a efectos del artículo 1435 LEC, en fecha 23 de septiembre de 1991; se sigue juicio ejecutivo, se practica embargo de los bienes objeto de la presente tercería en 12 de diciembre de 1991 y se dicta sentencia de remate en 9 de septiembre de 1992.

El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, demandante tercera en la instancia y recurrente en casación otorga póliza de crédito (*rectius*, precontrato de préstamo consensual, que se va poniendo en vigor a medida que el prestatario hace suyas cantidades concretas) en fecha 17 de diciembre de 1990 al mismo don A. M. T. y ante la falta de pago se practica la liquidación en fecha 16 de agosto de 1991; se sigue juicio ejecutivo, se practica embargo sobre los mismos bienes el 3 de octubre de 1991 y se dicta sentencia de remate el 14 de enero de 1992.

El mencionado Banco formula demanda de tercería de mejor derecho en relación con los bienes embargados, frente a la Caja y frente al ejecutado, declarado en rebeldía. La base jurídica de la misma es que la fecha de la liquidación del crédito del Banco es anterior (16 de agosto de 1991) a la fecha de liquidación del préstamo de la Caja (23 de septiembre de 1991), por lo que se aplica el artículo 1924.3.º CC que da preferencia —por tanto, mejor derecho— al crédito sin privilegio especial que consta en escritura pública o póliza intervenida por Corredor de Comercio, respecto a otro del mismo tipo, por el orden de antigüedad.

Las sentencias de primera y de segunda instancia han desestimado la demanda por entender que esta antigüedad viene referida, en la póliza de préstamo (de la Caja) a la fecha del contrato (29 de enero de 1990) y en la póliza de crédito (del Banco) a la fecha de la liquidación (16 de agosto de 1991), por lo que es preferente el primero y no puede prosperar la tercería.

El recurso de casación formulado por el Banco contiene un solo motivo, que expone la única cuestión jurídica que se plantea: la fecha que determina la antigüedad, base de la preferencia, si el contrato o la liquidación, en relación con el caso presente en que confluyen un contrato de préstamo y una póliza de crédito. (*O. M. B.*)

**22. Cesión de crédito. La prenda de crédito es considerada cesión de crédito.**—Resulta fundamental, en este orden de cosas, determinar si la carta remitida por Corredor de Comercio Colegiado, de fecha 2 de octubre de 1992, demuestra de modo fehaciente y vinculante que la Delegación en Sevilla de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria adquirió conocimiento de la operación de prenda realizada en garantía del crédito concedido. Y, desde luego, tal misiva, con acuse de recibo de su contenido, produjo el efecto descrito.

De hecho, hay que afirmar que tal comunicación supone una «noticia» que se pretende que llegue efectivamente a su destinatario. Además, en todo caso, el documento privado, si se considera como tal la comunicación, tendrá la eficacia negocial que le corresponda de acuerdo con su contenido.

Asimismo, en el contrato suscrito por la demandante y su cliente, se establecía como posible la constitución de una prenda de crédito que puede comprender una cesión de este último y que se puede construir a través del mecanismo de la cesión, comunicada al deudor, y que conste en escritura pública como una legitimación útil en garantía del acreedor prendario o pignoraticio.

En resumen, que la prenda de créditos pactada, puede actuar en el presente caso a través de la figura de la cesión de créditos. Por ello, debe entrar

en juego el artículo 1527 CC, que implica no tomar en consideración por cuestiones formales —la falta de notificación fehaciente—, la pretensión de la parte actora.

Así, surge la figura del contrato de cesión de crédito, que como negocio bilateral vincula principalmente a los sujetos cedente y cesionario, de tal manera que el deudor cedido, como no es parte en el negocio de cesión, no tiene que manifestar ningún consentimiento al mismo, y si el cedido tiene conocimiento de la cesión sólo libera la obligación si paga al cesionario (STS de 19 de febrero y 5 de noviembre de 1993). A este respecto, en el presente caso, se ha probado la notificación por el legítimo tenedor, a quien aparece como deudor, antes de que éste abonara al punitivo acreedor el importe de la deuda.

Todo lo anteriormente expuesto hace que deba asumirse como conclusión que, de un lado, la carta con acuse de recibo es una verdadera notificación de la situación del crédito y, de otro, la constitución de una nueva prenda del crédito en cuestión es una verdadera cesión del crédito. (STS de 12 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de los de Sevilla, conoció del juicio de menor cuantía contra la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sobre reclamación de cantidad, por el concepto de devolución del IVA correspondiente al ejercicio de 1991, que había sido cedida en prenda al demandante, en garantía de un crédito concedido por él. Con fecha 9 de abril de 1996, el Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda presentada.

Interpuesto recurso de apelación y tramitado conforme a Derecho, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia en fecha 23 de diciembre de 1996, desestimándolo. Por tal motivo, se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante el TS, con apoyo procesal en el apartado 4.º del artículo 1692 LEC, por infracción de los artículos 1218.1.º y 1527, ambos del CC, así como de la jurisprudencia interpretativa de este último. (J. L. B.)

**23. Cesión de créditos. La jurisdicción civil es la competente para conocer del endoso hecho por el contratista a favor de un banco del crédito que ostentaba contra el Ayuntamiento, por una obra pública, endoso autorizado por el propio Ayuntamiento, deudor cedido.**—El motivo ha de ser desestimado, y ello de acuerdo a la normativa legal y doctrina jurisprudencial reinante en la materia en la fecha de la sentencia recurrida (9 de mayo de 1997, anterior a la Ley 29/1998, de 13 de julio, y Ley Orgánica 6/1998, de la misma fecha que la anterior), en cuanto que tal resolución no lesiona ninguno de los preceptos señalados como infringidos por la parte recurrente; no incumple lo dispuesto en el artículo 4, número 2, de la Ley de Contratos del Estado, porque el tema del litigio no versa sobre un contrato de obras públicas, sobre cuya materia como la propia sentencia recurrida reconoce, la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa no ofrece duda, sino se trata de una cesión de crédito, celebrada entre particulares, el contratista y el Banco, cesión legalmente autorizada por el Ayuntamiento deudor, por lo que, en consecuencia, se han de aplicar las normas del capítulo VII del título IV del libro IV, «sobre transmisiones de

créditos y demás derechos incorporales» del Código civil; por lo que la cuestión es una de las que ha de calificarse de netamente privada, siendo en ella relevante la operatividad del principio de la autonomía de la voluntad y, por consiguiente, se encuentra comprendido dentro de los supuestos a que se refiere el párrafo primero del núm. 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asunto del que han de conocer los Tribunales y Jueces del orden civil, por lo que hay que entender que no se da ese exceso de jurisdicción denunciado, en cuanto que los órganos jurisdiccionales de instancia han conocido de materia que a ellos les está atribuida, por su ajeneidad al desenvolvimiento de un servicio público como se dice en la S de esta Sala de 9 de marzo de 2000, por tratarse de una cuestión exclusivamente civil (S de 19 de diciembre de 2001), o como se dice en la S de 14 de marzo de 2002, porque la cuestión ha surgido entre las partes con total independencia de cualquier acto administrativo, y gozar el contrato de naturaleza civil (S de 18 de julio de 2002), por lo que hay que entender que la cuestión está dentro del campo de la jurisdicción civil.

**Conocida la cesión por el deudor cedido, no resultan liberatorios los pagos hechos al antiguo acreedor, como se desprende tanto del artículo 1527 CC como del artículo 145 del Reglamento General de Contratos del Estado.**—El motivo ha de ser desestimado, en cuanto en el FD 3.º de la resolución impugnada se aplicó conforme a Derecho el artículo 1527 CC, con el que está en consonancia el párrafo segundo del citado artículo 145 del Reglamento, que establece: «las certificaciones que se expedirán precisamente a nombre del contratista serán transmisibles y pignorables conforme a Derecho. Una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión de aquéllas, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, indicando también el nombre del cedente. Antes de que se ponga en conocimiento de los órganos competentes la cesión surtirá efectos liberatorios los mandamientos de pagos extendidos a nombre del contratista». Por lo que resulta ociosa la cita de este precepto como violado, en atención a los hechos que tuvo por probados la referida sentencia, que autorizado el endoso por el Ayuntamiento, y pese a la toma de razón llevado a cabo por el mismo, no se ha abonado cantidad alguna al Banco endosatario, y sin embargo, después de la fecha del endoso se han hecho varios pagos al contratista endosante, por importe superior a la suma total de las certificaciones cedidas, pagos éstos, por consiguiente ineficaces para ser excepcionado como liberatorio del deudor, apareciendo por otra parte, recibida la obra y aprobada la liquidación total; de donde se deduce, a tenor del propio texto del artículo citado, interpretado a *sensu contrario*, la obligación del pago del crédito cedido, frente al Banco cesionario, ya que los pagos hechos al contratista carecen de efectos liberatorios, y así ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Sala en S de 20 de febrero de 1995, y las que en ella cita de 27 de septiembre de 1991 y 12 de noviembre de 1992, al no reputar pagos legítimos los hechos después de la cesión notificada al deudor, al acreedor originario y cedente del primero. (STS de 3 de febrero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un contratista de obras, acreedor de cierto Ayuntamiento por la realización de una obra pública, endosa su crédito a un Banco con la autorización del Ayuntamiento deudor. Pese a ello y con posterioridad a la cesión, el Ayuntamiento en cuestión efectúa pagos al contratista y no al Banco, su nuevo acreedor. Interpuesta por el Banco cesionario demanda de reclamación de canti-

dad contra cedente y deudor cedido, ambas sentencias de instancia estiman la pretensión contra el Ayuntamiento y no contra el cedente. Interpuesto el recurso de casación por aquél, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

**24. Contrato de factoring: noción y funciones.**—El contrato de *factoring*, que se califica como atípico, mixto y complejo, está destinado a cumplir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada, que se integran en variadas funciones de ésta, como son principalmente la administrativa o de gestión (la sociedad se encarga de cobrar el crédito y posibilita que el cliente prescinda de los medios y gastos burocráticos que tal actividad lleva consigo), la de garantía (la sociedad, siempre que se cumplan determinadas condiciones delimitadas en el contrato, asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido) y de financiación (entre las prestaciones ofrecidas por la sociedad se encuentra con frecuencia la de anticipar el importe de los créditos transmitidos al empresario para procurarle una situación de liquidez), a las que, a veces, se unen otros servicios complementarios, como la contabilidad de ventas, la realización de estudios de mercado, la investigación y selección de clientela.

**Modalidades del contrato de factoring.**—La doctrina admite dos modalidades de este contrato: a) *el factoring con recurso o impropio*, en el que los servicios del factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, y en la financiación mediante el anticipo de todo o parte de su importe; b) *el factoring sin recurso o propio*, donde, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, se incorpora otro de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, que va del empresario al factor, de forma que producida la insolvencia en los términos pactados en el contrato de *factoring*, no recae sobre el cedente sino sobre el cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados. Otra clasificación doctrinal del contrato de *factoring* distingue entre el configurado por las partes como contrato marco o preliminar de futuras cesiones de créditos a realizar en ejecución de aquél, y el relativo a la cesión global y anticipada de créditos futuros.

**Contenido no uniforme.**—Dada la atipicidad y la diversidad de las funciones que cabe integrar en la relación de *factoring*, no es posible establecer un contenido uniforme de este contrato, por lo que se precisa el análisis de las concretas estipulaciones de cada supuesto particular para conocer exactamente cuáles son las prestaciones a que se obligan los interesados.

**Efectos de las cesiones de créditos realizadas en el espacio del contrato de factoring.**—Todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring* originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro. (STS de 11 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—H., *Entidad de Factoring, S. A.*, demandó a la Delegación de Hacienda de Castellón y a la compañía S., S. A., dado que Hacienda había embargado una serie de créditos a S., S. A., y la actora consideraba que eran de su propiedad por haberlos adquirido en el marco de la relación de *factoring* que mantenía con la compañía codemandada, en consecuencia, la demandante solicitaba que

se alzasen los embargos referidos. Quedó acreditada la identidad entre los derechos embargados y aquellos cuya titularidad proclamaba la entidad actora. También, resultó probado que la cesión de los créditos se había producido en fecha anterior a la traba. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia y acoge la petición de la actora. El TS no da lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. (I. D. L.)

**25. Compraventa perfecta y no opción de compra. Inaplicación de la jurisprudencia relativa al contrato de opción de compra.**—De la interpretación de los términos del contrato celebrado entre el promotor demandante y la parte demandada resulta la existencia de una compraventa perfecta que reúne todos los elementos exigidos por el artículo 1445 CC «... precisamente por apartarse de lo que sus términos “impresos” consignaban, demostraban de manera insoslayable la realidad, ya puesta de relieve, que lo conve-nido no fue el “contrato de promesa de opción de compra” sino una compraventa que reunía los requisitos esenciales de cosa determinada y precio cierto...» (FJ 2.º STS de 31 de diciembre de 2002). Desde el año 1986 el TS ha calificado como compraventa perfecta todos los contratos que han resultado ser idénticos al aquí examinado.

**«Silencio de la relación jurídica». Prescripción extintiva.**—Es doctrina reiterada que la prescripción extintiva es un modo de extinción de los derechos por la inacción del titular de los mismos durante el tiempo determinado por la ley. En cambio, se discute si la prescripción es causa de extinción del derecho o de la acción. Son requisitos de la prescripción extintiva: la existencia de un derecho que se pueda ejercitar, la falta de ejercicio o inercia del titular y el transcurso del tiempo determinado en la ley (Castán, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, pp. 837 y 840). Otros autores prefieren hablar de «silencio de la relación jurídica» al entender que «en ella caben tanto los hechos que exteriorizan la conducta del titular o acreedor como los que manifiestan la actitud del deudor». (Alas, De Buen y Ramos, «La Prescripción extintiva», pp. 46 a 51). Esta expresión es a juicio del TS la que mejor refleja la inacción del titular «... el silencio de la relación jurídica durante más de quince años comporta la prescripción de la facultad del vendedor de reclamar la parte pendiente del precio» (FJ 3.º, de 31 de diciembre de 2002).

**Pago de intereses.**—La condena al pago de intereses se hace depender de que efectivamente se hubiera fijado alguna cantidad como adeudada en concepto de precio. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 30 de julio de 1993, don A. R. interpone demanda contra doña P. C., solicitando se dictase sentencia por la que se declarase que el contrato celebrado por ambas partes el 7 de marzo de 1967 fue un contrato de opción de compra, que la demandada ni ha ejercitado la opción ni ha pagado el precio y, por lo tanto, carece de título para seguir ocupando el inmueble. Solicita, por ello, se condene a doña P. a reintegrar al actor en la posesión de la vivienda. Por su parte, doña M. R. P., hija de la fallecida demandada, formula reconvencción solicitando se declare perfecta la compraventa y pagado la totalidad del precio o, en su caso, prescrita cualquier obligación de pago. Pide, a su vez, se concreten las cantidades rea-

les que estén gravando el piso y se obligue a los vendedores a realizar los pagos que les incumban y al otorgamiento de escritura pública. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta y declara que el contrato de 7 de marzo de 1967 es un contrato de compraventa. Asimismo, estima la demanda reconvenicional condenando al actor a elevar a escritura pública el referido contrato. Se interpone recurso de apelación por el actor, siendo desestimado el mismo por la Audiencia Provincial de Madrid. Por parte del demandante se formula recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa aborda dos cuestiones de interés: en primer lugar, la distinción entre opción de compra y compraventa perfecta y, en segundo lugar, la existencia de prescripción extintiva. Respecto a la calificación del contrato, el recurrente, invocando la jurisprudencia del TS, alega que se dan todos los elementos de la opción. La STS señala, al respecto, que: «... desde el año 1986 todos los contratos sustancialmente idénticos al aquí examinado, con pequeñas diferencias en las cuantías de la entrega inicial y de los pagos periódicos, han sido calificados por esta Sala como compraventas perfectas y no como opciones de compra...». El TS no ha hecho sino seguir la línea jurisprudencial existente en la materia (SSTS de 29 de noviembre de 1986, 1 de junio de 1996, 30 de diciembre de 1997 y 4 de octubre de 2002), declarando que en las SS invocadas por el recurrente como fundamento de su pretensión no se aprecia identidad de razón con el caso que se juzga (SSTS de 6 de noviembre y 26 de diciembre de 2002). La segunda cuestión planteada es la de la prescripción de la facultad de reclamar el precio del inmueble por parte de la vendedora. El TS examina el problema a través de la STS de 4 de octubre de 2002 referida a un caso similar al presente. En ella se detecta una actuación clara que lleva aparejada la interrupción de la prescripción: el reconocimiento de deuda por parte del comprador, por lo que a pesar de haber transcurrido el plazo que marca el Código civil de quince años para acciones personales, no se ha producido el silencio de la relación jurídica. Señala el TS que en el caso presente, aplicando el criterio de la sentencia anterior, podría parecer que el motivo debería ser estimado. No obstante, como dice el Supremo, «... se hacen inaplicables las razones que entonces condujeron a la estimación de los motivos articulados por el recurrente». En primer lugar, la parte recurrida en ningún momento ha reconocido adeudar el precio y, en segundo lugar, han transcurrido más de quince años sin que se haya producido la reclamación del mismo, extremo que acredita la parte recurrente, manifestando, inclusive, que desconoce tanto la cuantía del precio como su forma de pago debido a la pérdida de la documentación en un incendio en sus oficinas a principios del año 1980 y al fallecimiento de la parte compradora, lo cual imposibilita la determinación del precio pendiente si es que lo había. El TS estima la excepción de prescripción extintiva, apreciando silencio en la relación jurídica, al reconocer el propio actor el abandono de su derecho de crédito. (L. Z. G.)

**26. Compraventa. Venta de cosa ajena.**—Cuando en el contrato están perfectamente definidos sus elementos personales y reales no es nula la venta de cosa ajena (SSTS de 1 de marzo de 1949, 5 de julio de 1958 y 12 de septiembre de 1988).

**El requisito de excusabilidad del error en los contratos.**—Este requisito lo exige la jurisprudencia, a pesar del silencio del Código civil. Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (SSTS de 15 de febrero de 1977 y 4 de enero y 27 de mayo de 1982).

**Esencialidad del contrato.**—Este término hace referencia a la finalidad del negocio (STS de 30 de septiembre de 1963) y el fin perseguido por las partes, en el presente caso, no es otro que el interés de adquirir en propiedad el solar sobre el que convinieron.

**La sustantividad de la promesa de compraventa.**—Cuando entre las partes hay conformidad en la cosa y en el precio el contrato es de compraventa, pues, no se están obligando a celebrar un nuevo y futuro contrato sobre la base de aquél (obligarse a obligarse), sino a dar cumplimiento a un contrato ya perfecto (SSTS de 19 de octubre de 1984, 10 de marzo, 1 de diciembre de 1986 y 20 de junio de 1990).

**La representación orgánica y el mandato tácito. En la representación orgánica y en el sector público solo el sello del órgano colocado en un documento no implica representación ni autorización de dicho órgano.**—No cabe aplicar la figura del mandato tácito a la representación orgánica. En el sector público y en toda la representación orgánica jamás de una estampilla colocada en cualquier documento al efecto, puede desprenderse que se cuenta con la representación/autorización del ente oficial descrito en la misma. (STS de 15 de octubre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Mediante documento privado de 18 de marzo de 1991, las partes litigantes se comprometieron, una a vender y la otra a comprar un solar por precio cierto y determinado, pactando la forma de pago y la elevación a escritura pública del mismo compromiso antes del 20 de mayo de 1991, aparte de otros derechos que el comprador reconoce al vendedor.

Ante el incumplimiento de la parte compradora, la vendedora demanda al Patronato del Colegio Universitario de Toledo, a la Universidad de Castilla-La Mancha y a un Vicerrector de esta última que vino a representar a ambas instituciones (compradoras), para que paguen solidariamente el precio pactado, firmen la correspondiente escritura de compraventa y abonen los intereses desde la finalización del plazo para el otorgamiento de la misma.

La demanda no prospera en primera instancia. La Audiencia la estima parcialmente, al absolver sólo al Vicerrector, por falta de legitimación pasiva, y variar el cómputo de los intereses. Ante el TS se plantean dos recursos de casación, el del Patronato y el de la Universidad. Sólo el de ésta es estimado al entenderse que el Vicerrector carecía de competencia para representar a la Universidad, ya que para ello habría necesitado una delegación del Rector. (I. D. L.)

**27. Actividad publicitaria en contratos de compraventa de bienes inmuebles. Diferencia entre memoria de calidades y proyecto de obra.**— Los contenidos de la publicidad han de considerarse integrados en el contrato, formando parte de los mismos, de manera que pueden ser exigidos (STS de 27 de enero de 1977, relativa al incumplimiento en la calidad de los materiales.) El hecho de que en el proyecto de obra se establezcan circunstancias distintas de las recogidas en la memoria de calidad, no debe interferir en los deberes de las partes. La existencia de disparidad entre el proyecto de obra y la memoria de calidades no debe ser óbice para entender a esta última como parte del contrato. No se ha de olvidar la aplicación de los artículos 8.2 y 10.4 LGDCU.

**Incongruencia en la decisión judicial.**— No debe ser considerada una condena simultánea la estimación del *petitum* inicial del escrito de demanda, así como de la postulación subsidiaria de la misma. La motivación de la parte principal del fallo cubre la subsidiaria, con lo que «no precisa una especial motivación de esta parte del fallo, dado su carácter subsidiario» (FD 3.º).

**Origen y limitaciones del principio de igualdad del artículo 14 CE.**— La estimación de la petición de una de las partes y el rechazo de la otra no debe ser considerado como desigual trato para las partes («no puede haber igualdad en los desiguales, no son iguales las partes cumplidoras de sus deberes y obligaciones contractualmente asumidas, a la parte que realiza una obra fuera totalmente de las condiciones pactadas» FD 5.º) La jurisprudencia del TC ha exigido la realización del juicio de igualdad mediante criterios legales establecidos para la distinción, y no los casos particulares (SSTC 70/1991, de 8 de abril, y 308/1994, de 21 de noviembre). La desigualdad que repudia la ley tiene su origen en razones de índole subjetiva, excluyendo la que se fundamentan en elementos objetivos (STC 200/1999, de 8 de noviembre), limitando la misma en el principio de legalidad (SSTC 1/1990, de 15 de enero, 40/1989, de 16 de febrero, y 144/1999, de 22 de julio). La Constitución no asienta un principio de igualdad que impida considerar razones objetivas que justifiquen la desigualdad, excluyendo el tratamiento desigual ante supuestos que son desiguales de por sí.

**Diferencias en la aplicación de los artículos 1124 y 1484 CC, en supuestos de incumplimiento en contratos de compraventa.**— La existencia de un pleno incumplimiento y la consiguiente insatisfacción del comprador conllevan necesariamente la aplicación del artículo 1124 CC por considerarse supuesto de entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*), y no ante un vicio de la cosa, y la consiguiente aplicación del artículo 1484 CC (STS de 29 de abril de 1994). Tanto el artículo 1124 como el 1504 CC se emplearán de manera compatible en la venta de bienes inmuebles cuando la otra parte ha cumplido todas las obligaciones que le incumbían (SSTS de 17 de junio de 1969, 5 de mayo de 1983, 7 de febrero de 1984 y 17 de septiembre y 22 de octubre de 1985). La existencia de pleno incumplimiento por inhabilidad del comprador, ante un *aliud pro alio*, permite la protección del artículo 1124 CC, sin que sea aplicable el plazo semestral del artículo 1490 CC. (STS de 8 de febrero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**— En el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza se presentó demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios C. de V. contra la *Inmobiliaria B. S. A.*, solicitando la condena de la misma a la realización en cada una de las viviendas de los actores y en los elementos comunes del edificio de cuantas operaciones fueren necesarias, incluido el cambio y sustitución de materiales, para

su perfecta adecuación a las condiciones, características y calidades pactadas, y la completa subsanación de las deficiencias de obra, así como, subsidiariamente, se condenase a la inmobiliaria a la indemnización por equivalente resarciendo a la Comunidad y propietarios del valor de la ejecución de las obras, reparaciones e indemnizaciones. En los contratos privados de compraventa suscritos con la inmobiliaria demandada, se estableció que las obras de edificación serían realizadas conforme al proyecto aprobado, reservándose la parte vendedora derecho a efectuar modificaciones, autorizadas oficialmente, por exigencias técnicas, jurídicas o comerciales. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a la Comunidad a la realización de las obras, para su perfecta adecuación a las condiciones del proyecto aprobado por la DGA, y subsidiariamente a la indemnización por equivalente. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, desestimado por la Audiencia, que confirmó íntegramente la de primera instancia. La inmobiliaria formalizó recurso de casación, con base en la infracción de los artículos 14, 24.1, 120.3 CE y 1091, 1096 y 1258 CC, así como los artículos 8 y 10.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y la infracción de los artículos 1124, 1484 y 1490 CC, y la no aplicación del artículo 7 CC, alegando que la sentencia de apelación estima contrato la memoria de calidades, pero al dictar el fallo obliga a cumplir todas las especificaciones del proyecto técnico, que no se debe considerar parte del contrato. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—En la sentencia anotada se continúa la línea jurisprudencial en cuanto que se debe mantener lo ofrecido en la oferta publicitaria, aun no siendo incorporado en el mismo contrato (STS de 5 de abril de 1999, en la que se obliga a la parte vendedora a respetar el espacio dedicado a ocio, que se establecía en el proyecto de la urbanización, ofrecido en la publicidad). En este caso, se trata de la memoria de calidad, no incorporada al contrato. De igual forma, se reitera que, aun siendo posibles cambios en el proyecto, éstos deben ser del todo justificados, y de otra forma, se debe ejercitar la acción por incumplimiento (STS de 4 de diciembre de 1998). (P. S. S.)

## 28. Arras. Modalidades: confirmatorias, penales y penitenciales.

Ante la imposibilidad de dar un concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada.

**Arras ex artículo 1454 CC. Carácter excepcional e interpretación restrictiva. Su admisión exige que conste de forma clara que es intención de los contratantes el poder desligarse del contrato por medio de las arras.**—Es doctrina constante de la jurisprudencia que las arras o señal que,

como garantía permite el artículo 1454 CC, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido, según declararon las SS de 24 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1945, 22 de octubre de 1956, 7 de febrero de 1966 y 16 de diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado (STS de 10 de marzo de 1986).

**Las arras confirmatorias forman parte del precio y se incluyen a los efectos de la aplicación de la cláusula penal pactada.**—Las arras confirmatorias forman parte del precio de la compraventa. La cantidad entregada en tal concepto debe ser incluida al objeto de determinar los efectos derivados de la aplicación de la cláusula penal pactada para el supuesto de impago del precio. (STS de 24 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. C. N. entregó a la entidad *SID, S. A.*, 19.000.000 de pesetas, en concepto de arras como reserva para la compra de dos viviendas. Posteriormente se suscribieron los contratos de compraventa de las dos viviendas en los que, sin hacer mención a los diecinueve millones, se acordó el precio de cada vivienda en 30.714.695 pesetas, así como el plazo de pago. Además se estipuló, para el supuesto de impago, una cláusula penal en la que se señalaba que, si el impago o renuncia se producía antes del segundo plazo, el comprador perderá la totalidad del dinero entregado, pero que si el impago se producía con posterioridad a dicho segundo plazo perdería el 50 por 100 de la cantidad entregada. La compradora incumplió la obligación de pago después de haber entregado a la inmobiliaria la cantidad de 28.084.766 pesetas. La actora demandó a la inmobiliaria reclamándole 26.388.766 pesetas. Por su parte, la entidad demandada se opuso a la demanda y reconvinó solicitando, primero, que se declarasen resueltos los contratos de compraventa por incumplimiento de la compradora, y segundo que se reconociese el derecho a hacer suyas las cantidades recibidas y el resto del precio, más 1.700.000 pesetas en virtud de la cláusula penal pactada. El Juzgado estimó la demanda y admitió parcialmente la reconvenición, declarando resueltos los contratos de compraventa y reconociendo a la inmobiliaria el derecho a hacer suya la cantidad de 1.696.000 pesetas, en concepto de daños y perjuicios por aplicación de la cláusula penal. La Audiencia desestima la apelación. El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la inmobiliaria al estimar que, conforme con la cláusula penal, la entidad recurrente tiene derecho al 50 por 100 de la cantidad reclamada. (C. O. M.)

**29. Contrato de compraventa de apartamento en construcción. Naturaleza jurídica de la compra de cosa futura.**—Con base en el artículo 1271 CC, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la validez del contrato de compraventa de cosa futura como negocio atípico y conmutativo. En la compraventa de bienes inmuebles en construcción estamos ante un supuesto de *emptio rei speratae*, puesto que conforme al curso natural de los acontecimientos cabe esperar que llegará a existir el objeto. Este tipo de

negocio «... *presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial* y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar» (FD 5.º STS de 30 de octubre de 1989, así como SSTS de 13 de marzo de 1990, 18 de mayo y 1 de julio de 1992, 22 de marzo y 9 de noviembre de 1993, 15 de febrero de 1994, 8 de marzo de 1995 y 11 de octubre de 1998). La no existencia actual del objeto del contrato no puede llevar a considerar la nulidad o inexistencia del negocio, en tanto que para que la misma sea estimada es necesario que dicha imposibilidad sea originaria, es decir, que aconteciera en el momento de celebración.

**Incumplimiento de la entrega por paralización de las obras por infracción urbanística.**—Cuando la falta de cumplimiento por parte del comprador trae causa de la paralización de las obras en virtud de expediente municipal por infracción urbanística, el negocio no adolece ni de falta ni de ilicitud de causa que pudieran conducir a la inexistencia o nulidad del mismo. La infracción de normativa urbanística como ilicitud que tiene su origen en la infracción de normativa administrativa no radica en el contrato, «sino que éste resulta teñido desde fuera [por la falta de licencia], no pudiéndose equiparar dicha ilicitud con la que directamente afectan a los derechos y obligaciones que constituyen el contrato civil».

**Indemnización de daños y perjuicios. Prueba de los daños.**—El artículo 1101 CC declara entre los deudores sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados tanto los que incumplen sus obligaciones como los que vienen a contravenir el tenor de aquéllas. Frente a los mismos, el contratante que cumplió su prestación puede pedir tanto el cumplimiento como la resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios, puesto que ambas peticiones «... son compatibles de forma subsidiaria» (FD 3.º, con cita de las SSTS de 12 de junio de 1986, 15 de noviembre de 1993, 9 de mayo de 1994 y 24 de noviembre de 1995). La indemnización de daños y perjuicios son cuestiones de hecho cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales de instancia. En este sentido, y en orden a la prueba de los mismos, nuestro Código civil no contiene norma al respecto por lo que, aplicando las normas de distribución de la carga de la prueba, y al ser el daño y su cuantificación hechos constitutivos de la demanda, su prueba corresponde al demandante. La jurisprudencia del TS ha declarado de modo reiterado que para existan daños y perjuicios no basta únicamente probar el incumplimiento sino también los daños que se derivan del mismo. (STS de 4 de febrero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Por contrato privado de compraventa de fecha 3 de abril de 1988, don I. en representación de la empresa *Construcciones O., S. L.*, vendió a don J. L. un apartamento de 125 metros cuadrados, que en aquel momento se encontraba en construcción, fijándose como fecha de entrega del mismo el día 30 de junio de 1989, con prórrogas de no más de seis meses. Sin embargo, como consecuencia del procedimiento administrativo iniciado contra la citada entidad por infracción urbanística, al exceder las obras ejecutadas de la licencia otorgada, se produjo la suspensión de las mismas. Sin que aún hubiera finalizado el procedimiento sancionador administrativo, el comprador interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando, entre otros pedimentos, que se

condenara a la *Constructora O., S. L.*, a la elevación a escritura pública del documento privado de compraventa en cuestión, a la entrega de la posesión de la misma, y a una indemnización de 5.000.000 de pesetas por todos los daños y perjuicios irrogados a la parte demandante, así como a las costas. Se estimaron todos los pedimentos de la demanda, a excepción de la condena en costas. Recurrida en grado de apelación dicha resolución, la Audiencia Provincial confirmó el fallo del Juez de instancia, revocándolo únicamente en cuanto a la condena a 5.000.000 de pesetas, que se sustituyó por la cantidad que se acreditara en fase de ejecución. La parte demandante interpuso recurso de casación, con alegación de la infracción de los artículos 1261, 1271 y 1272 CC.

NOTA.—En la sentencia que anotamos viene el TS a analizar los efectos civiles que se derivan de un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega de un inmueble que tiene su origen en la paralización de las obras por infracción urbanística de la empresa constructora. Si bien la parte recurrente en casación alega infracción de la jurisprudencia del TS relativa a la necesidad de que se prueben los daños, en concreto las SSTS de 12 de mayo de 1994 y 17 de febrero de 1996, y que, tal y como consta en la sentencia, en fase probatoria se propuso prueba pericial tendente a acreditar el coste del alquiler de un apartamento semejante al adquirido, sin embargo, no podemos obviar aquella línea jurisprudencial que, por el contrario, considera que el incumplimiento contractual constituye *per se* un perjuicio o daño, «una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío...contradiendo así la fuerza vinculante de los contratos y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1258 CC...evidenciando que la falta de prestación no ha de quedar impune...» (FD 4.º STS de 30 de septiembre de 1989, con cita de las SSTS de 9 de mayo y 17 de junio de 1984 y 5 de junio de 1985). (*R. D. O.*)

**30. Resolución de la compraventa por falta de pago del precio. Indemnización por incumplimiento.**—No constituye daño resarcible en la indemnización por incumplimiento en caso de resolución, el pago de los intereses de una hipoteca en la que se subrogan los vendedores para la compra de un inmueble de fecha anterior a la venta resuelta porque no se cumple la relación de causalidad exigida en el artículo 1107 CC.

**La «equidad» como fundamento de la decisión.**—El artículo 3.2 CC sólo autoriza que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de una manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita. Según tiene declarado el TS de forma reiterada y uniforme, el principio de equidad es supletorio de la aplicación de las leyes y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal (SSTS de 12 de junio de 1990, de 22 de enero de 1991, de 14 de mayo de 1993 y de 10 de diciembre de 1997).

**La «equidad» como ponderación en la aplicación del artículo 1103 CC.** Se trata de una cuestión que cae de lleno en el arbitrio judicial y que no es revisable en el recurso extraordinario de casación.

**Incumplimiento resolutorio.**—La «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento del contrato significa en la actualidad, de acuerdo a la nueva

doctrina jurisprudencial, que para que exista «es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte». (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Las partes celebran un contrato de compraventa de un piso por un precio de 10,3 millones de pesetas. Los compradores hacen una entrega inicial de tres millones y se pacta que el resto del precio se abonará en un plazo de sesenta días. Transcurrido dicho plazo sin que se abone el precio, los vendedores comunican su voluntad resolutoria a los compradores mediante carta certificada por conducto notarial. A su vez, los vendedores habían adquirido una nueva vivienda a cuyo pago estaba previsto destinar la cantidad que iban a recibir por la venta mencionada. Declarada la resolución, y ante la falta de efectivo, los vendedores se subrogan en una hipoteca para hacer frente al pago de su nueva vivienda.

Los vendedores presentan una demanda en la que solicitan que, como consecuencia de la resolución de la compraventa por falta de pago del precio, se condene a los compradores a abandonar el piso y a una indemnización de daños que comprenda la pérdida por los compradores de los tres millones inicialmente entregados y el pago de los intereses del préstamo hipotecario concertado por ellos.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda, se declara resuelta la venta y se condena a los compradores a abandonar el piso y a la pérdida de la parte del precio ya entregada. Los compradores presentan recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia, condena a los demandados a satisfacer a los vendedores el interés legal devengado por la hipoteca en la que se habían subrogado. (*L. S. M. P.*)

**31. Compraventa de local. Artículo 1504 CC.**—Se imputa a la sentencia recurrida, que en ella solamente se tiene en cuenta el incumplimiento de los compradores, sin atender a los motivos que ocasionaron esa conducta, concretamente el temor al ejercicio de una acción hipotecaria que determinaría la pérdida total de la cosa adquirida sin compensación alguna ante la insolvencia de los vendedores.

Sin embargo, esta cuestión es absolutamente nueva, ya que los motivos en que los recurrentes habían basado su oposición a la demanda consistían en la existencia de un pacto verbal que supeditaba el pago del precio a la obtención de la cédula de habitabilidad y en el hecho de la retirada del Banco de las letras de cambio correspondientes a los plazos mensuales previstos para el pago del precio.

Respecto al pacto citado, la Audiencia declara no acreditada la existencia del mismo, a lo que añade que no existe exigencia de cédula de habitabilidad para los locales comerciales.

En cuanto a la retirada de efectos cambiarios del Banco, el Tribunal de instancia rechaza su trascendencia, tanto porque encuentra justificada la decisión de los vendedores, por la conveniencia de evitar gastos indebidos, como porque los ahora recurrentes disponían de múltiples expedientes en

Derecho para acreditar su intención de abono de los plazos que iban venciendo, resaltando que dos años después de la celebración del contrato solamente habían atendido a dos de los veinticuatro plazos convenidos.

Se rechaza igualmente por el TS la alegación de la errónea interpretación del artículo 1504 CC, ya que considera que para que prospere la pretensión relativa a su aplicación se hace precisa la demostración de la existencia de una voluntad manifiesta de incumplir por parte del deudor, es decir, de una actitud decididamente rebelde del mismo, así como la de que quien interesa la resolución contractual no haya, a su vez, incumplido las obligaciones que por su parte le incumbían.

Del mismo modo, según doctrina consolidada del TS, no es precisa una actitud dolosa del incumplidor, siendo suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, por el incumplimiento inequívoco y objetivo de aquél, como es el que pone de relieve el impago prolongado, duradero e injustificado (SS, entre otras, de 23 de marzo de 1996, 30 de julio y 5 de diciembre de 1997 y 24 de octubre de 1998). (STS de 3 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria fueron vistos los autos de menor cuantía sobre incumplimiento de la obligación de pagar el precio aplazado de la compraventa del local objeto del contrato realizado entre las partes, razón por la que el demandante solicitó la resolución de este último. A este respecto se dictó sentencia en fecha 8 de enero de 1996, estimando la demanda presentada. Frente a tal resolución, se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, con fecha 2 de enero de 1997, desestimándolo. Por tal motivo, se interpone recurso de casación con base en el artículo 1692.4.º LEC, por infracción de los artículos 1124, 1502 y 1504 CC, así como de la jurisprudencia aplicable a este respecto. (J. L. B.)

**32. Compraventa. Resolución por impago (art. 1124 CC): frustración del fin del contrato.**—La resolución contractual opera sin necesidad de que concurra una voluntad rebelde, pues basta que se frustre la finalidad del contrato, que no es otra para los vendedores que la percepción del precio convenido.

**Naturaleza del requerimiento del artículo 1504 CC.**—Este requerimiento se puede calificar como un acto jurídico complejo, integrado en su fin principal por una declaración unilateral de voluntad condicionada a la que se anuda un efecto resolutorio contractual, apareciendo como finalidad decisiva, el ejercicio de la resolución.

**Los impedimentos urbanísticos son causa de resolución contractual.**—Por tratarse de un incumplimiento de la parte vendedora y en cuanto suponen una frustración del fin con que los compradores adquirieron los bienes (SSTS de 19 de enero de 1990, 24 de febrero de 1993 y 23 de octubre de 1997).

**Supuestos de aceptación tácita de la herencia: interposición de demanda.**—La aceptación tácita de una herencia tiene lugar cuando se interpone demanda, tanto en nombre propio como de la herencia yacente respecto

a los bienes relictos (SSTS de 7 de enero de 1942, 13 de marzo de 1952 y 14 de marzo de 1978).

**Régimen aplicable a la herencia yacente: el de la comunidad de bienes.**—Al regirse la herencia yacente por las normas de la comunidad de bienes, conformando comunidad hereditaria, la representación de la misma corresponde a los coherederos que no hubieran renunciado a la sucesión y por ello pueden ejercitar las acciones útiles y beneficiosas para la misma (SSTS de 18 de abril de 1952, 8 de mayo de 1953, 1 de junio de 1995 y 11 de junio de 1988, entre otras). (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. mediante dos compraventas privadas, transmitió a la entidad mercantil *C.M., S. A.*, varios locales por un precio de 279 millones de pesetas, del que sólo fueron abonados 10.000.000 de pesetas. La compradora mantuvo la posesión pacífica y disfrute de los locales vendidos desde el momento de las ventas. Tres años después, los herederos abintestato del vendedor demandaron a la entidad compradora para que se declarase la resolución de los contratos, con pérdida por la demandada de los 10.000.000 de pesetas, al entender que éstos se entregaron en concepto de arras, y la restitución de los inmuebles en el estado en que se entregaron, con indemnización de los daños ocasionados en los mismos por la compradora. La demandada alegó, a grandes rasgos, lo siguiente: *a)* un primer incumplimiento de la vendedora consistente en que los bienes enajenados estaban afectados de irregularidades urbanísticas; *b)* que a los inmuebles les afectaban graves defectos constructivos, y *c)* la existencia de cargas y gravámenes en los locales comprados. El Juzgado estimó la demanda, salvo en lo referente a la indemnización, al no considerar acreditados los daños. La audiencia confirmó la sentencia recurrida por la demandada y el TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

**33. Cesión de solar a cambio de parte de edificación. Contrato atípico.**—La naturaleza jurídica de este contrato es la de «un contrato atípico *do ut des* no encajable en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código civil, aunque pueda asimilarse a la permuta con prestación subordinada de obra subsumible por analogía en el artículo 1538 CC (SSTS de 2 de enero de 1976, 12 de febrero de 1979, 7 de julio de 1982, 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989 y 7 de junio de 1990, entre otras), STS de 24 de noviembre de 1993». En esta misma dirección, continúa diciendo la STS de 7 de abril de 1999, «hay que constatar que como figura negocial dicho contrato admite diferentes supuestos (...), que presenta conexión con tres figuras contractuales tipificadas en el Código civil, como son la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra. Pues bien, aparte que las normas reguladoras de dichos contratos serán aplicables al contrato, sin embargo, tal operación mental aplicativa se hará cuando la voluntad de las partes, plasmada en la escritura pública, no ampare todos los estadios a través de los cuales se ha de desarrollar el cumplimiento del contrato aceptado hasta su total agotamiento, todo ello con base en el principio de libertad contractual plasmado en el artículo 1255 CC».

**Rescisión por fraude de acreedores. Requisitos para su ejercicio.**—«El ejercicio eficaz de la acción regulada en los artículos 1291 ss. CC en lo rela-

tivo a la enajenación en fraude de acreedores exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena, el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación y la ausencia de otro medio que no sea la rescisión del contrato para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor, STS de 26 de julio de 2003».

Entre estos presupuestos resaltamos el carácter netamente subsidiario de esta acción, subsidiariedad que se recoge expresamente en los artículos 1291.3 y 1294 CC y que recuerda reiterada jurisprudencia: por todas, SSTS de 28 de septiembre de 2000, 11 de diciembre de 2001 y 15 de marzo y 12 de julio de 2002. Esta subsidiariedad ha de ser entendida «cual remedio para el acreedor cuando carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso, STS de 31 de diciembre de 2002».

En lo que concierne a la exigencia del *consilium fraudis*, reiterada jurisprudencia pone el acento en este requisito, aunque con distintos matices. Así, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2002, haciendo cita de las sentencias de la misma Sala de 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1998 habla de «conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor (...), actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cuotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación». Por su parte, la STS de 19 de octubre de 2001 revela otra forma de entender el *consilium fraudis* al establecer que «los artículos 1111 y 1291.3 CC tienden a una cuasi-objetivización del citado requisito, por lo que hay que entender que al exigir el juzgador de instancia para apreciar el mismo 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, 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 (...), no requiere la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente, la *scientia fraudi*, esto es una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio». (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. M. S. celebra con *Iberia Inversiones, S. A.* un contrato de cesión de solar a cambio de parte de edificación, por el que la entidad se compromete a entregarle un determinado porcentaje de la obra ya terminada, libre de cargas. Posteriormente, la mencionada sociedad transmite a *Comercial Química Saura, S. A.*, treinta y cinco fincas registrales con la intención, según el actor, de defraudarlo, por lo que al proceder de mala fe interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios contra las mencionadas sociedades. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la

demanda, condenando a *Iberia Inversiones S. A.*, a entregar a don R. M. S. el 20 por 100 edificado, libre de cargas y gravámenes, del total del edificio de autos, medición que se determinaría en ejecución de sentencia. Sin embargo, no declara la rescisión del contrato entre ambas sociedades al no poderse determinar que dichas transmisiones hayan sido realizadas en fraude de acreedores. Apelada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial del Albacete revoca la sentencia de instancia en lo referente a determinar las bases para que, en ejecución de sentencia, se hiciera efectiva la entrega a la actora del 20 por 100 construido del volumen total del edificio, al mismo tiempo que acuerda la rescisión de los contratos celebrados entre ambas sociedades. *Comercial Química Saura, S. A.*, interpone recurso de casación.

NOTA.—En los contratos de cesión de solar a cambio de obra o de parte de la edificación la regulación del contrato de permuta es de aplicación, en defecto de que las partes hayan acordado otras estipulaciones, en virtud del artículo 1255 CC. Este contrato aparece configurado en nuestro ordenamiento como un contrato que precisa de tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1538, 609 y 1095 CC). Ello no obsta a que igualmente le sea aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2 CC. En la sentencia comentada no se dice nada, pero sería cuestión interesante a tratar el decidir si el concreto negocio realizado se ha operado desde el otorgamiento de la escritura de permuta y, por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto al 20 por 100 del total del inmueble construido en el solar cedido, o si por el contrario la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan diferidos a un momento posterior, el del acta notarial de entrega. La RDGRN de 16 de mayo de 1996 establece al respecto que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso no obstaculiza la inmediata eficacia traditoria.

Estos contratos suelen estar acompañados de una cláusula penal «con funciones asegurativas de una obligación de indemnizar daños y perjuicios, y es razonable interpretar que se garantizan esas consecuencias del incumplimiento de la obligación de entrega, STS 20 de marzo de 2002». En el caso en cuestión se produce una minoración de la misma y, consecuentemente, de las garantías por ella ofrecidas, gracias al cumplimiento parcial de los demandados.

Respecto, a la prosperabilidad de la acción rescisoria pronunciada en apelación, las similitudes subjetivas y objetivas entre ambas sociedades, como puede ser que tengan idéntico administrador e idéntico domicilio, denotan la presencia del *consilium fraudis*, entendido como actividad intencionada y directamente dolosa. (*M. F. N. C.*)

**34. Validez y eficacia del contrato de donación disimulado bajo la forma de escritura pública del contrato de compraventa.**—La validez y eficacia del negocio relativamente disimulado se ha mantenido jurisprudencialmente, siempre que el contrato presente de un lado causa verdadera y lícita, y de otro, el cumplimiento de las formalidades exigidas para la efectividad del negocio disimulado. En el caso de la donación disimulada, tales

requisitos concurren si el contrato se otorga mediante escritura pública, y si donante y donataria aceptan y concurren al otorgamiento de la escritura.

La doctrina jurisprudencial, cambiante en lo que respecta a la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa, es pacífica ante la donación de inmuebles disimulado tras escritura pública de compraventa, cuando se pruebe el ánimo de liberalidad del donante en las gratuitas, o la causa retributiva en las onerosas (SSTS de 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988 de 23 de septiembre y 29 de noviembre de 1989). (STS de 18 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 7 de noviembre de 1984, doña J. P. C. otorgó escritura pública de compraventa a favor de su hija doña O. B. P. y su cónyuge. La hermana de ésta, doña A. B. P. demandó ante el Juzgado de Primera Instancia la nulidad de dicha escritura de compraventa. Los demandados formularon demanda reconvenzional solicitando que se declarase el contrato de donación disimulado bajo la forma de compraventa como plenamente válido y eficaz, debiendo producir sus efectos legales. En primera instancia se desestimó la demanda, estimando íntegramente la demanda reconvenzional, declarando no haber lugar a la nulidad de la escritura pública de compraventa, y la validez plena del contrato de donación disimulado. Se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La eficacia de la escritura de compraventa simulada para la donación disimulada ha sido enormemente discutida por la doctrina, que se divide en torno a la negación de su validez, para la protección de los legítimos intereses de los terceros que hace necesaria la publicidad del acto de donación, y de la que se carece (De CASTRO, *El negocio jurídico*, edit. Civitas, Madrid, 1985, pp. 353 y ss.) (SSTS de 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993 y 10 de noviembre de 1994), y la posibilidad de su eficacia para la donación disimulada (SSTS de 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989; 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993; 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998 y 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999.) Para SANTOS MORÓN (*La forma de los contratos en el Código Civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 167 ss.), es imprescindible distinguir entre dos planos: el del donante y el de los terceros. En el primero, la finalidad de asegurar la atribución de manera gratuita se cumple con la escritura, mientras que respecto de terceros, no se garantiza su protección con tal escritura. Las sentencias más recientes abogan, para no extremar el rigor formal del artículo 633 CC, por la validez de la escritura siempre que se trate de donaciones remuneratorias (STS de 30 de diciembre de 1998), criticado por la mencionada autora, que ve irrelevante la distinción. La sentencia anotada parece seguir la línea de la aceptación de validez de la donación disimulada, siempre que se demuestre el ánimo de liberalidad, enmarcándose a sí misma dentro de la postura jurisprudencial actual, aunque se observa el vaivén de las decisiones jurisprudenciales de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS (P. S. S.)

**35. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Caracterización.**—«En el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes: la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el arrendamiento con opción de compra; el *proveedor* que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y, finalmente, éste, es decir, 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, «una institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y, en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial 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> séptima en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario».

**Diferencias entre el contrato de arrendamiento financiero y la compraventa de bienes muebles a plazos.**—Para determinar si un contrato puede ser calificado como de arrendamiento financiero o compraventa de bienes muebles a plazos, sometido la Ley 50/1965, de 17 de julio, o a la Ley 28/1998, de 13 de julio, ámbito de aplicación que se hace depender de la fecha en la que fue concertado, es necesario acudir a lo preceptuado en los artículos 1281 a 1289 CC. A este respecto establece la STS de 31 de diciembre de 1998 y las en ella citadas, que «la determinación de la conceptualización jurídica relativa a un contrato constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuida al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de la hermenéutica contractual contenida en los artículos 1281 a 1289 CC». Asimismo, es doctrina jurisprudencial reiterada recogida en la STS de 20 de febrero de 1997 la de que «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC constituyen un cuerpo o conjunto subordinado y complementario entre sí de los cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de lo que preconiza la interpretación literal». Por lo tanto, para la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero o de compraventa a plazos de bienes muebles hay que estar a los términos del contrato, si son fiel reflejo de la intención de los contratantes. En ocasiones, pronunciamientos judiciales hacen depender esta naturaleza jurídica de 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 (STS de 28 de mayo de 1990)». «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)».

**Valor residual pactado para el ejercicio de la opción de compra.**— Establece la STS de 1 de febrero de 1999 y las en ella citadas –SSTS de 28 de marzo de 1978, 18 de noviembre de 1983, 28 de mayo de 1990 y 28 de noviembre de 1997– que «no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del tantas veces mencionado contrato de arrendamiento financiero o *leasing*; en consecuencia, no es suficiente para desvirtuar la calificación del contrato hecha por la Sala de instancia el montante del valor residual no concurriendo otras circunstancias que permitan declarar la existencia de una voluntad simuladora entre las partes tendentes a encubrir la existencia de un contrato de venta a plazos de bienes muebles». (STS de 30 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Bilbao Vizcaya, S. A., interpone tercera de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra don J. C. R., en la que solicita se declare que el bien embargado es propiedad del Banco, y ello en base a los siguientes argumentos: el 16 de abril de 1990, el BBV concertó con don J. C. R. un contrato mercantil cuyo objeto era un vehículo marca «Pegaso», teniendo una duración de cuarenta y ocho meses contados desde la fecha de entrada en vigor del contrato. Se fijó un precio de 12.274.553 pesetas, a pagar en 43 cuotas de 285.571 pesetas, fijándose como precio residual para ejercitar la opción una cuota de igual garantía. También se pactó que se podía adquirir el vehículo por el precio residual si se hubieren pagado todas las cuotas. Don J. C. R. incumplió el contrato adeudando numerosas cuotas, no pudiendo ejercitar, en consecuencia, la opción de compra. El demandante tiene inscrito en la Jefatura Provincial de Tráfico reserva de dominio sobre el vehículo de su propiedad arrendado a don J. C. R.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la tercera de dominio. Frente a dicha sentencia se interpone recurso de apelación por el Banco, que es desestimado y, consecuentemente, se confirma la instancia. Tanto una como otra consideran que el contrato celebrado entre el tercerista y don J. C. R. es un contrato de compraventa de bienes muebles a plazos y no de arrendamiento financiero o *leasing*. El BBV interpone recurso de casación que es estimado por el TS.

NOTA.—En el supuesto en cuestión la calificación e interpretación de los contratos fue sometida a revisión casacional debido a que las conclusiones del Tribunal de instancia pudieron calificarse de ilógicas, carentes de la racionalidad necesaria y abiertamente contrarias a la hermenéutica contractual o a la legalidad aplicable.

Por ello, el TS casa la sentencia de apelación que confirmaba la de instancia y afirma que el contrato realmente querido y perfeccionado por las partes fue el de arrendamiento financiero, por corresponder a la intención y voluntariedad manifestada de los otorgantes, porque las estipulaciones negociales convenidas claramente lo manifestaban y corroboraban, al constar identificado el bien objeto del mismo, cuyo uso y beneficio se cedió (vehículo marca «Pegaso», mod. 310.6100, matrícula H-8141-E), la duración temporal del arriendo (cuarenta y ocho meses), cuotas de abono mensuales (cuarenta y tres, por un valor de 285.571 pesetas cada una de ellas) y opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado, mediante el pago del precio establecido y correspondiente al bien objeto del arrendatario por un importe igual o superior a la cuota mensual que se convino. (M. F. N. C.)

**36. Arrendamiento financiero (*leasing*). Precio de la opción de compra: su repercusión en la calificación del contrato.**—La Sala 1.<sup>a</sup> del TS mantiene en jurisprudencia reiterada (SSTS de 28 de noviembre de 1997, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999 y 6 de marzo de 2001) que la insignificancia del precio pactado para ejercer la opción de compra no es un dato que por sí sólo permita negar la calificación de arrendamiento financiero al contrato. O dicho con otras palabras, la escasa entidad económica del valor residual en el *leasing* no significa necesariamente que estemos ante otra figura contractual (compraventa a plazos de bienes muebles).

**Interpretación y calificación de los contratos.**—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 7 de marzo y 22 de junio y 28 de diciembre de 2001) afirma que la interpretación y calificación de los contratos es función reservada a los Tribunales de instancia, revisable sólo en casación cuando dicha interpretación o calificación sea absurda o ilógica. (STS de 7 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Uninter Leasing, S. A.*, interpone una tercería de dominio contra la entidad *Forleva, S. A.*, y la Tesorería General de la Seguridad Social, en virtud de la cual solicita, entre otras cosas, que se dicte sentencia en la que se declare que la entidad demandante es la propietaria del equipo industrial descrito en la demanda y, en consecuencia, se alce el embargo trabado por la Tesorería de la Seguridad Social sobre dichos bienes y se ordene a la entidad *Forleva, S. A.* (arrendataria financiera), que acepte la declaración de dominio a favor de la demandante y el levantamiento del embargo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de tercería de dominio y declara que los bienes embargados pertenecen a la demandante (arrendadora financiera) y acuerda, por tanto, el levantamiento del embargo. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**37. *Leasing* financiero.**—En el primero de los motivos alegados, con fundamento en el apartado 3.º del artículo 1692 LEC, se denuncia la infrac-

ción de los artículos 24.1 CE y 504 y 506 LEC, señalando que la tercerista había aportado en período de prueba y, por tanto, extemporáneamente, copia autorizada por el Corredor de Comercio de los contratos de arrendamiento financiero celebrados con anterioridad.

Este motivo ha de ser rechazado, pues las pólizas que tenía en su poder la parte actora fueron oportunamente presentadas con su demanda, si bien, ante la oposición formulada por la demandada personada, propuso como medio probatorio complementario la incorporación a los autos de los documentos a que se refiere la recurrente, lo que ha de considerarse correcto en atención a la finalidad perseguida (SS de 26 de abril de 1985, 17 de abril de 1986 y 16 de abril de 1991, entre otras).

En el segundo motivo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC, se alega la infracción del artículo 1257 CC, afirmando que la tercerista carece de derecho respecto al objeto reclamado, al no figurar como propio de ninguno de los contratos aportados con la demanda. Sin embargo, se estima en casación que no es así, quedando suficientemente probada la titularidad del tercerista.

Por último, el tercer motivo del recurso introduce el argumento de la infracción de la doctrina que se estableció en la STS de 28 de mayo de 1990 y en otras de fecha anterior a ella, ya que el valor residual asignado a los bienes objeto de los arrendamientos financieros en que pretende fundar su derecho la entidad actora es insignificante y simbólico, comparado con el precio real de los vehículos en cuestión y, además, notablemente inferior al valor que correspondería a los mismos en la fecha en que debiera ejercitarse la opción de compra.

Sin embargo, este motivo es desestimado por cuanto con posterioridad el propio Supremo viene declarando con reiteración que el dato del mayor o menor importe del valor residual establecido por las partes no es argumento decisivo para entender que, en lugar de haber convenido aquéllas un arrendamiento financiero de los vehículos en litigio, hubieran tenido intención de concertar realmente una operación de compraventa a plazos, lo que convertiría al mencionado contrato en simulado.

Por otra parte, el valor residual no constituye, en ninguno de los supuestos de autos, una parte del precio pactado. (STS de 2 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta demanda de tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés, la cual es desestimada por sentencia de 5 de enero de 1996. Apelada la misma, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso en su resolución de 1 de marzo de 1997, razón por la que se presenta recurso de casación al amparo del artículo 1692 LEC, ordinales 3.º y 4.º, por infracción tanto de los artículos 24.1 CE, 504 y 506 LEC y 1.257 CC, como de la jurisprudencia aplicable al caso. (J. L. B.)

**38. Arrendamiento urbano. Las reglas de interpretación de los contratos forman un conjunto complementario donde prevalece la interpretación literal, salvo en determinados casos, en que los actos de las partes contradicen los términos literales del contrato.**—Si bien es cierto que esta Sala tiene declarado que las normas o reglas de interpretación, con-

tenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281, de tal manera que si los términos de un contrato no ofrecen duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las demás reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario respecto a la que preconiza la interpretación literal (por todas, STS de 2 de septiembre de 1996), también ha manifestado que la primacía de la interpretación literal quiebra en determinados supuestos, entre los que se encuentra, aun siendo claros los términos del contrato, cuando existen actos opuestos al mismo en los cuales el verdadero propósito de los contratantes se haya manifestado (STS de 24 de abril de 1964); que el artículo 1281 no excluye la interpretación, sino que la presupone, y forma con el artículo 1282 un conjunto orgánico, complementándose ambos (STS de 6 de noviembre de 1998); y que la interpretación de los contratos y demás actos jurídicos, aunque haya de partir de la expresión contenida en las palabras pronunciadas o escritas no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las mismas y ha de indagar fundamentalmente en la intención de las partes y el espíritu y finalidad que han presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados (STS de 21 de abril de 1993); por todo ello, el seguimiento por la sentencia de apelación de la posición jurisprudencial últimamente reseñada evita la transgresión aducida en el motivo.

**A los Tribunales de instancia corresponde interpretar el contrato para calificarlo correctamente, calificación que consiste en incluirlo en un tipo determinado, averiguar su naturaleza y la normativa que le es aplicable.**—Por otra parte, la STS de 21 de mayo de 1997 ha sentado que la calificación del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable: es precisa una previa interpretación para llegar a la correcta calificación del contrato, la cual está por encima de las declaraciones e incluso de la voluntad de los sujetos: «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan», ha dicho la doctrina y así lo ha seguido la jurisprudencia de esta Sala: SSTS de 22 de octubre y 10 de noviembre de 1986, 7 de julio de 1987 y 3 de mayo de 1993; y la STS de 10 de febrero de 1997 declara que «la doctrina jurídica ha señalado que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que la integran, y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación», y en igual sentido se manifiestan, entre otras, las SSTS de 16 de noviembre de 2000, 13 de abril y 3 de mayo de 1999, 18 de junio de 1997, 25 de enero de 1996 y 23 de octubre de 1995.

Por último, es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas sentencias de ociosa cita, que la calificación jurídica de los contratos se obtiene mediante la interpretación y ésta, respecto a las relaciones que unen a las partes, compete a los Tribunales de instancia y ha de ser mantenida en casación, salvo que resulte ilógica, contraria a Derecho, errónea o violadora de las normas de hermenéutica contractual, nada de lo cual es predicable en la verificada por la de la sentencia recurrida.

**El aplazamiento del pago de la renta no obsta a la calificación del contrato celebrado como arrendamiento.**—Por consiguiente, concurren en el contrato todos los presupuestos para calificarlo como de arrendamiento, y no es óbice a ello la estipulación de que la renta mensual se empezaría a

pagar a partir del día 1 de enero de 1980, que no supone gratuidad de la relación jurídica concertada, sino aplazamiento en el pago, y está autorizada por el artículo 1255 CC; además, conviene recordar que parecida dilación del abono correspondiente fue acordada también para el contrato de subarriendo de 26 de noviembre de 1979, y no por ello se considera como compromiso de subarriendo.

**La compraventa es un contrato consensual por lo que no es preciso el pago ni parcial ni total del precio para que produzca su típico efecto obligatorio.**—Se desestima porque, de una parte, el recurrente omite la disposición del artículo 1450 CC, de donde se desprende el carácter consensual del contrato de compraventa, de modo que basta la coincidencia del acuerdo de voluntades obligacional a entregar una cosa determinada, sin exigencia de la *datio rei*, y pagar un precio cierto, sea de una vez o en plazos, para que, desde ese momento, el contrato de compraventa se perfeccione y sea obligatorio para las partes (SSTS de 26 de noviembre de 1987 y 26 de marzo de 1992), y de otra, incide en la temática expuesta en los dos motivos precedentes, por lo que, para la repulsa de éste, en evitación de repeticiones, nos remitimos a la argumentación integrada en los FD 2.º y 3.º de esta resolución. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de unos locales comerciales, entre las mismas partes se concierta un contrato de arrendamiento, en cuya virtud el comprador alquila los mismos locales a su antiguo propietario, concediéndole, además, la facultad de subarrendarlos.

El subarrendatario ejercita una acción de retracto arrendaticio urbano basándose en la pretendida inexistencia de los contratos anteriores, que calificaba como meros «compromisos» de vender y arrendar. Sus pretensiones son desestimadas en ambas instancias y el TS declara no haber lugar al recurso de casación que interpone. (M. C. B.)

**39. Acción de retracto arrendaticio rústico. Nacimiento de la acción de retracto.**—El ejercicio de la acción de retracto está supeditado al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo al del hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. Pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción, como afirma la S de 8 de junio de 1965, con abundante cita jurisprudencial; ahora bien, este conocimiento ha de referirse a una compraventa ya consumada en que la transmisión del dominio ha sido realizado mediante la tradición, no siendo suficiente la simple perfección del contrato. En este sentido dijo la S de 20 de mayo de 1943 que «la más extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta, por tradición real o ficta de la cosa vendida», y la S de 6 de junio de 1988 dice que «la doctrina legal afirma... Segundo: Que el conocimiento sea cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de venta, en el momento de su consumación, no en el de su perfección, de tal manera que pueda

decidir si le conviene o no retraer, incluso aunque conozca un precio que le haya parecido caro (SS de esta Sala de 10 de octubre de 1901, 19 de junio de 1920, 3 de diciembre de 1955, 22 de marzo de 1962, 28 de mayo de 1963, 30 de noviembre de 1967, 18 de noviembre de 1971, 5 de mayo de 1972, 18 de octubre de 1980 y 12 de diciembre de 1986, entre otras muchas)».

De esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto que el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisorio de dominio, no de su perfección.

En el presente caso, la acción de retracto se apoya en la opción de compra concedida por doña M. P. a favor de don J. G. M., ejercitada por éste a través de la notificación notarial de 1 de julio de 1980, opción de compra declarada válida por la STSJ de Cataluña de 24 de julio de 1995. Ejercitada la opción por el optante en tiempo y forma, su efecto es el de la perfección del contrato de compraventa; así, la S de 22 de diciembre de 1992 afirma que «una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado, y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción, y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste el concurso del consentimiento exigido por la ley, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues como acaba de decirse, y se repite, basta para la perfección de la compraventa con que el optante le haya comunicado su voluntad de ejercitar su derecho de opción», y en el mismo sentido, la S de 22 de noviembre de 1993 dice que «una vez que el optante ejercita la opción de compra, dentro del plazo estipulado, y le comunica al optatario o concedente, la opción queda plenamente extinguida o consumada y, desde ese mismo momento y por ese único hecho, nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa (SS de 6 de abril de 1987, 23 de diciembre de 1991, 22 de diciembre de 1992 y 17 de marzo y 21 de julio de 1993, por citar algunas de las más recientes)».

**Falta de legitimación *ad causam*. Apreciación de oficio.**—Ejercitada la acción de compra el 1 de julio de 1980, por el señor G. M., en ese momento se perfeccionó el contrato de compraventa, no obstante no se ha producido la consumación del contrato al no haberse transmitido a aquél el dominio de las fincas mediante el otorgamiento de escritura pública por los herederos de la concedente de la opción, situación que persistía el día 7 de octubre de 1995 en que se formuló la demanda de retracto. En consecuencia, no se está ante un supuesto de ejercicio o no de la acción de retracto dentro del plazo legal, sino ante un supuesto de ejercicio de una acción todavía no nacida, y por tanto de inexistencia de la misma, al no haberse consumado el contrato de compraventa, aún el día 7 de octubre de 1995, consumación de la que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, depende el nacimiento de la acción.

Esta inexistencia de la acción se traduce en una falta de legitimación en el demandante que, como dice la S de 30 de junio de 1999, con cita de las de 13 de noviembre de 1985, 6 de mayo de 1997 y 24 de enero de 1998, «es cuestión que puede ser examinada de oficio por los mismos (órganos jurisdiccionales). Los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que se apliquen aún no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello», que es lo que sucede en el presente caso en que se ejercita una acción de retracto no nacida al tiempo de formularse la demanda. (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—En 6 de noviembre de 1975, la propietaria doña M. P. P. arrendó a don J. B. U. las fincas descritas en el documento núm. 1 de la demanda, objeto de la acción ejercitada. El 4 de agosto de 1976, doña M. P. P. concedió derecho de opción de compra a favor de don J. G. M. sobre las fincas arrendadas. El señor G. M. ejercitó la opción de compra, notificándolo a la concedente notarialmente en 1 de julio de 1980; recibió el requerimiento notarial el señor B. U. al manifestar estar facultado para contestar en nombre de la señora P. P. notificaciones y requerimientos de toda clase en virtud del poder general que le había sido conferido en 20 de septiembre de 1977. Ejercitado el derecho de opción de compra, el señor G. M. interpuso demanda de juicio ordinario para que se declarase perfeccionada la compraventa y se condenase a la demandada señora P. P. al otorgamiento de escritura de venta. A este procedimiento se acumuló la demanda interpuesta por la señora P. P. instando la nulidad de la venta. La señora P. P. falleció, el día 25 de enero de 1990, bajo testamento abierto en el que designó heredero universal a su sobrino don J. B. U., con sustitución vulgar a favor de su descendencia legítima. El heredero universal designado renunció a la herencia, que recayó en sus hijos, quienes procedieron a la partición de la herencia sustituyendo procesalmente a la señora P. P. en el procedimiento iniciado a instancia de la señora G. M. Por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de julio de 1995 se declaró válido el contrato de opción de compra celebrado entre la señora P. P. y el señor G. M., perfeccionada la venta, condenándose a los demandados al otorgamiento de la escritura de venta.

Por don J. B. A. se interpuso demanda ejercitando acción de retracto arrendaticio rústico sobre las fincas relacionadas en el hecho primero de aquélla, frente a don J. G. M. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial confirmó la recaída en primera instancia que dio lugar al retracto de parte de las fincas, y desestimó la acción respecto de las demás. (A. G. B.)

**40. Diferencias entre la permuta de solar por cosa futura y la figura del promotor colectivo.**—El elemento que nos permite delimitar jurídicamente la figura atípica de la permuta de solar por edificación futura de los supuestos de comunidades civiles es la posterior participación de los sujetos que aportan el solar a todo el proceso constructivo, como sucede en los supuestos en los que la actividad desplegada por los aportantes del solar alcanza no sólo la participación proindivisa en la titularidad de la futura edificación sino que también la asunción de otras actividades relacionadas con la ejecución de la obra (entre otras, SSTS de 28 de enero de 1994, 3 de octubre de 1996, 26 de junio de 1997, 20 de noviembre de 1998, 12 de marzo y 10 de noviembre de 1999, 21 de febrero de 2000 y 8 de octubre de 2001).

**Responsabilidad de los promotores por vicios en la edificación ex artículo 1591 CC.**—La jurisprudencia del TS admite a los promotores dentro de los sujetos responsables conforme al artículo 1591 CC, al considerarlos hoy en día una de las figuras típicas que intervienen en cualquier proceso de edificación. Generalmente se reúnen en él el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquel, así

como enajenante o vendedor de los diversos pisos y locales. En definitiva, como beneficiario económico de todo el proceso constructivo. En este sentido la responsabilidad de los promotores, ya actúen únicamente como promotores-constructores o promotores-mediadores, no se deriva únicamente de una interpretación integradora del citado artículo 1591 CC, sino también de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales, como consecuencia de lo cual pueden igualmente ser demandados por incumplimiento de sus obligaciones como parte vendedora (FD 2.º STS de 20 de noviembre de 1998).

**La responsabilidad de las comunidades civiles de promotores.**—Desde el punto de vista jurisprudencial y actualmente también legal (conforme al tenor literal del artículo 9.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación), la figura del promotor no tiene que corresponder necesariamente con un promotor individual, persona física o jurídica, pública o privada sino que también se incluye todas aquellas formas a través de las cuales nos encontramos ante una «comunidad civil de propietarios (art. 392 CC)», sin que «ninguna normativa legal impida que puedan actuar en el proceso constructivo los que resultan copropietarios del solar al asumir las actividades de una propia comunidad civil promotora». Generalmente el promotor de comunidades puede también actuar como mandatario, comprometiéndose a organizar la construcción del inmueble por encargo de los comuneros-asociados. Sin embargo, el carácter de mandatario o representante que asume uno de los aportantes del solar, llevando a cabo todas aquellas gestiones necesarias para la ejecución de la obra, no permite su exclusión del ámbito de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC en su calidad de promotor. La interposición de la figura de la comunidad de propietarios no desvirtúa su carácter de promotor, en tanto que su actividad y la de los demás comuneros no sólo se limita de una parte, a la aportación del solar, y de otra, a la ejecución de un mandato en interés común, sino que todas las gestiones que desarrollan se encaminan a la venta a terceros de la edificación futura, desplegando para ello toda la actividad propia y característica de un promotor. (STS de 31 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio X demandó por los trámites del juicio de menor cuantía, a don B., a don B., don C., don G. y don J., solicitando la condena solidaria de todos ellos, por los vicios de construcción que se han manifestado en el edificio en cuestión, así como al pago de las cantidades que se han generado con motivo de la reparación de tales vicios. Estimada parcialmente la demanda se condenó únicamente a don B. como promotor-constructor de la obra y como propietario de una tercera parte indivisa del edificio. Recurrida en apelación la sentencia por la comunidad de propietarios y por el demandado, la Audiencia Provincial revocó parcialmente dicha resolución, condenando también a don B. y don C., solidariamente con don B., al considerar que su actuación no se limitó únicamente a la aportación de la titularidad del solar sino que actuaron como promotores, aun cuando formaban una comunidad de propietarios. La representación de don B. y don C. interpuso recurso de casación, alegando infracción del artículo 1591 CC y de la jurisprudencia sobre el mismo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos nuevamente se pronuncia el TS sobre un supuesto de comunidad civil de promotores, distinguiéndola de aquellos supuestos en los que el propietario del solar únicamente aporta la titularidad del mismo a cambio de una cuota de participación en la propiedad del futuro edificio. En consonancia con la jurisprudencia de los últimos años, el TS toma en consideración un concepto amplio de promotor, como garante frente a los adquirentes del resultado de la edificación, incluso cuando su incorporación al proceso constructivo sea con posterioridad a la ejecución de la obra (FD 2.º STS de 20 de noviembre de 1998, RJ 1998/8413). En su formulación como una comunidad de propietarios, no se puede obviar que subyace la figura del promotor (STS de 12 de marzo de 1999). En este sentido el TS utiliza como criterio para interpretar dicha figura la definición legal del promotor recogida en el artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en consonancia con la orientación jurisprudencial seguida por el TS al respecto en los últimos años, en tanto que, bien persona física o jurídica, pública o privada,...individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación...» (*vid.* al respecto, Cabanillas Sánchez, A., «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *ADC*, 1990, pp. 227-237, en especial p. 230; «La evolución de la responsabilidad en la construcción», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 351-370; y «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC*, 2000, pp. 406-510, y en relación con la figura del promotor, en concreto pp. 456 y 466-468). (*R. D. O.*)

**41. Contrato de obra. Responsabilidad *ex* artículo 1591CC. Concepto de amplio vicio del suelo y responsabilidad del arquitecto.**—El artículo 1591 CC viene a distinguir tres tipos de clases de vicios: de la construcción, de la dirección y del suelo. En este sentido, la responsabilidad del arquitecto alcanza, de una parte, a la dirección de la obra definida como «la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnico, económicos y estéticos, coordinando para tal efecto las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurren en la misma» (art. 3.1 del Real Decreto 295/1985, de 23 de enero); y de otra, a los denominados vicios del suelo. La jurisprudencia del TS atiende a un concepto amplio de los vicios del suelo como vicios del proyecto, puesto que se considera necesario que el arquitecto tenga un correcto conocimiento del mismo, como asentamiento de la construcción, de modo que o bien adopte las medidas necesarias para evitarlo, conforme a su diligencia como profesional, o, por el contrario, no proceda a la edificación si tal vicio no es subsanable (FD 3.º STS de 15 de marzo de 2001, RJ 2001/3195).

**Carácter de la responsabilidad *ex* artículo 1591 CC en función de la determinación o no del grado de participación de los diversos agentes en la producción del vicio.**—La responsabilidad solidaria en el ámbito del artículo 1591 CC con respecto no sólo al contratista y el arquitecto, sino también con relación a otros agentes que intervienen en el proceso de edificación, como el promotor, se presenta como último remedio cuando no es posible determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de ellos

(entre otras, SSTs de 27 de septiembre y 17 de octubre de 1995, 26 de febrero, 21 de marzo y 15 de octubre de 1996, 22 de marzo, 29 de mayo, 5 de julio, 3 de septiembre y 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo y 8 de junio de 1998, y 13 de mayo de 2002). Por el contrario, en aquellos supuestos en los que la naturaleza del vicio permita la imputación del mismo a alguno o algunos de los sujetos intervinientes a lo largo de la ejecución de la obra, se procede a la individualización de la responsabilidad de cada uno de los agentes que hayan intervenido (entre otras, SSTs de 28 de enero de 1994, 3 de octubre de 1996, 28 de diciembre de 1998, de 9 de marzo de 2000 y 13 de mayo de 2002, con cita de abundante jurisprudencia con relación a supuestos de indeterminación del grado de participación determinante del vicio).

**Culpa *in eligendo* del promotor con respecto al arquitecto.**— La responsabilidad del arquitecto por el vicio ruínógeno, una vez probado que el mismo es encuadrable dentro de los vicios del suelo, del proyecto o de la dirección del mismo, lleva a la absolución del promotor. En este sentido, la única vía para considerarlo responsable sería mediante la apreciación de culpa *in eligendo* por su intervención en la designación del arquitecto, responsable, en cualquier caso, del vicio ruínógeno. (FD 2.º, así como SSTs de 20 de diciembre de 1993, de 20 de noviembre y 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 28 de mayo de 2001 y 13 de mayo de 2002. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio X sito en Zaragoza, ante las humedades y filtraciones existentes en las dos plantas de garaje del citado edificio provocadas por la subida del nivel freático debido a la cercanía del río Ebro, interpuso demanda de juicio de menor cuantía solicitando que condenara solidariamente a la reparación de dichas deficiencias a la entidad *Construcciones M.*, a don F., promotor-constructor, a don R., arquitecto, y a don A., aparejador. El Tribunal de instancia absolvió a la entidad constructora, por no haberse probado que fue ella quien llevó a cabo la construcción, y al arquitecto de la obra, al considerar que los problemas existentes no se debieron al proyecto, sino a la realización de la obra, al haberse empleado un hormigón de mala calidad y haberse omitido el uso de ciertas medidas impermeabilizadoras. Interpuestos sendos recursos de apelación, la representación legal de la comunidad de propietarios limitó el mismo únicamente a las costas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, absolviendo a los demandados. La representación legal de la parte demandante formuló recurso de casación alegando la infracción tanto del artículo 1591 CC como la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS viene a analizar un nuevo supuesto de responsabilidad *ex* artículo 1591 CC que, conforme al relato de los hechos, tiene su origen, al igual que la S de 9 de marzo de 2000, en filtraciones que se han producido en sótanos cercanos a la zona del río Ebro, como consecuencia de las subidas del nivel freático del mismo. Aun cuando el fallo es desestimatorio, reconoce el TS la responsabilidad del arquitecto dado que el vicio constructivo tiene su origen en un problema del suelo y en la ausencia de la correcta medida técnica que hubiera evitado los daños producidos en las dos plantas de garaje. La absolución del

arquitecto en primera instancia y la deficiente formulación del recurso de apelación por parte de la representación legal de la parte demandada impide, sin embargo, la condena al mismo. El TS, aunque en *obiter dicta*, señala como única vía a través de la cual se hubiera podido hacer responsable al promotor, la apreciación en tal agente del proceso de la edificación de culpa *in eligendo* por su intervención en la designación del arquitecto, citando la doctrina jurisprudencial existente al respecto (en concreto las SS 20 de diciembre de 1993, 20 de noviembre y 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 28 de mayo de 2001 y 13 de mayo de 2002). De este modo el TS se aparta de la progresiva objetivación de la responsabilidad de los promotores, señalada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley de Ordenación de la Edificación. (R. D. O.)

**42. Acción directa del artículo 1597 CC en subcontrata de obras. El allanamiento a la demanda no cabe en el recurso de apelación, sino únicamente que el demandado apelante desista del recurso y manifieste su conformidad con la sentencia apelada, lo cual debe hacerse a través de Procurador y no de Letrado.**—El motivo ha de desestimarse, por la imposibilidad de carácter procesal de producirse el allanamiento, en el trámite que dice la recurrente, en cuanto que lo único que cabe en el recurso de apelación es desistir el apelante del mismo y manifestar la conformidad con la sentencia apelada. Por otra parte, para allanarse es preciso que el que haga esa manifestación tenga poderes para ello, poderes que se conceden al Procurador y no al Letrado, que es el que según el escrito del recurso de casación las hizo en el acto de la vista.

**La impugnación de la valoración de la prueba debe hacerse alegando un error de hecho en su apreciación que no se ha producido, pues no se ha demostrado que la comunidad de propietarios demandada asumiera las obligaciones de la contratista para con la subcontratista, asunción que tampoco se deduce de los actos de la misma.**—El motivo ha de desestimarse, porque la parte recurrente hace cuestión de los hechos probados, y no se tiene en cuenta la valoración de la prueba llevada a efecto en la sentencia recurrida, sin haberla cuestionado previamente en la forma que determinan las normas procesales, previa alegación de error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que en la sentencia impugnada en su FD 9.º entiende que esa asunción directa por la propiedad, del subcontrato llevado a cabo por la sociedad contratista, con los ahora recurrentes, no se ha producido, y ello en base a entender, como en realidad es, que el subcontrato constituye un contrato independiente y autónomo, que genera relaciones jurídicas entre las partes que en ellos intervienen, el subcontratante y subcontratista, salvo la acción directa en los supuestos que previene el artículo 1597 CC. Por lo que para que los efectos del subcontrato afecten a la propiedad es necesario que conste la voluntad de ésta en ese sentido, voluntad que la sentencia recurrida, de acuerdo con los hechos probados, entiende que no está acreditado en autos que se produjera, por tanto sostiene que no se da esa asunción por la comunidad de las obligaciones del contratista para con los subcontratistas, que entiende de forma razonable la sentencia recurrida, no se ha producido, porque no se han probado los hechos que acrediten esa asunción por la comunidad.

**No procede la acción directa del artículo 1597 CC cuando el comitente no es deudor del contratista.**—Resultado que se cuestiona por la parte recurrente invocando infracción del artículo 1597 CC, precepto que, como tienen declarado, entre otras, las SS de esta Sala de 10 de marzo de 1997, 28 de mayo de 1999 y 27 de julio de 2000, «faculta para interponer la acción directa derivada del mismo a quienes ponen su trabajo y materiales en la obra contra el dueño de ésta, es decir, el comitente, siempre que el crédito, que es fundamento de la pretensión, exista y, en principio, resulte exigible, y en el supuesto de autos, la decisión traída a casación ha vulnerado uno de los presupuestos para la aplicación del artículo 1597, pues amén de la legitimación activa y pasiva, se precisaba la demostración de la realidad del crédito, la cual ha sido omitida por la parte a quien incumbía la justificación de este dato y aunque la doctrina entiende que no debe exigirse a la actora una prueba plena y completa, ya que ello podría ser un impedimento insalvable para la efectividad del precepto». En el procedimiento del que dimana el presente recurso, lejos de acreditarse que el contratista tiene un crédito en relación con la obra, se ha demostrado por la parte recurrida, que ha satisfecho con exceso al contratista lo debido por la obra realizada, de forma que hay un superávit por este concepto de más de cuarenta y un millones de pesetas. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una empresa subcontratista de cierta obra reclama el pago de los trabajos efectuados tanto a la empresa con la que acordó la subcontrata como a la comunidad de propietarios de las viviendas construidas, como a cada uno de éstos en particular. El Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda, declarando la responsabilidad directa de la sociedad contratista y la subsidiaria de la comunidad de propietarios y sus miembros. Apelada por éstos la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó parcialmente la sentencia del Juzgado, absolviendo a la comunidad de propietarios y a sus miembros. Contra esta sentencia, interpuso la parte demandante recurso de casación, que es desestimado por el TS. (M. C. B.)

**43. Arrendamiento de servicios. Contrato de prestación de servicios por abogado. Determinación de los honorarios. Fijación *a posteriori* del «precio cierto» al que alude el artículo 1544 CC.**—En el arrendamiento de servicios el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que, existiendo *a priori*, se reflejan *a posteriori*, de tarifas, de perito o de Colegio profesional. Y no puede pensarse que el prestador de servicio fije el precio unilateralmente, sino que las partes, con mutuo consentimiento, han acordado no fijar el precio —honorarios— lo que no siempre es posible, sino fijarlo a resultas del servicio prestado efectivamente, según tarifas oficiales, por dictamen pericial o por informe del Colegio profesional, caso de no aceptarse un precio de consuno.

**Validez del dictamen emitido por el correspondiente Colegio profesional a efectos de establecer los honorarios devengados por los servicios prestados por abogado.**—Ha de considerarse que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios de abogado (o los designados supletoriamente), así como el carácter detallado de la minuta, aun regulados en la LEC, son exigencias ineludibles de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, en los casos en que los honora-

rios no estuvieran previamente pactados y haya de proceder a su fijación, no obstante se trate de una reclamación formulada en proceso ordinario, todo ello como complemento necesario para dar cumplimiento al artículo 1544 CC, que debe relacionarse con el artículo 1447 CC, de manera que en estos supuestos el órgano judicial asume, siguiendo las pautas marcadas por la LEC, funciones de arbitrador por ministerio legal. Además, tratándose de honorarios devengados por abogado en la realización de tareas o actuaciones no contenciosas, propias de esta profesión liberal, también sujetas a normas orientadoras de carácter «mínimo» en su minutación, la identidad de razón existente aconseja, por analogía, que las reclamaciones de honorarios se sujeten a las reglas mencionadas, para su determinación judicial (cfr. STS de 3 de febrero de 1998).

**Intereses moratorios. Determinación del *dies a quo* o de comienzo de su devengo.**—El interés moratorio es el legal que establece el artículo 1108 CC en caso de mora, cumplimiento tardío de la obligación, que regula el artículo 1100 CC y exige, entre otros requisitos, la interpelación del acreedor al deudor. Es declaración de voluntad unilateral y recepticia que hace el acreedor al deudor, extrajudicialmente (así, requerimiento notarial) o judicialmente (por la interposición de la demanda) de la prestación concreta y determinada que éste debe cumplir. Es preciso, pues, que sea efectiva y definitiva, no reclamaciones más o menos abstractas o tratos más o menos decisivos. En el presente caso, no aparece reclamación del demandante acreedor a la sociedad demandada deudora, de la cantidad exacta de los honorarios objeto de la acción ejercitada, hasta la interposición de la demanda. Por tanto, procede fijar el *dies a quo* en la fecha de presentación de la demanda. (STS de 25 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El abogado demandante reclama a la sociedad demandada el cumplimiento de su obligación de pago de los honorarios por los servicios prestados. La demandada se opuso a la cuantía objeto de reclamación. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación presentado por la parte demandada, revocó la de instancia y redujo la cuantía de condena a menos de la cuarta parte de la cifra originariamente pedida por el actor. Ambas partes litigantes interpusieron recurso de casación. El TS dio lugar a ambos recursos. (L. A. G. D.)

**44. Responsabilidad profesional del abogado: legitimación activa: actos propios del demandado.**—No puede estimarse la excepción alegada por el abogado demandado de carecer los actores legitimación activa para demandar, cuando aquél reconoció expresamente tal personalidad al redactar la posición primera que había de ser absuelta por éstos. Además, son las mismas personas que rescindieron el contrato de servicios profesionales acudiendo al Colegio de Abogados para denunciar la conducta negligente del Letrado, quien aceptó la resolución contractual renunciando a la minuta de sus servicios.

**Provisión de fondos: devolución al cliente cuando no acredita la prestación de servicios: renuncia a los honorarios.**—En este caso debe reputarse válida la renuncia a los honorarios hecha por el abogado, por referirse a un derecho potestativo, no perjudicar a tercero y estar realizada de forma explí-

cita y terminante, debiendo producir sus efectos legales de extinguir el derecho; ante la devolución de la provisión solicitada por los clientes se pretende por el demandado que constituían unos honorarios ya devengados al tiempo de la renuncia; pretensión inaceptable, pues no se ha acreditado en autos la realización de los trabajos pretendidamente realizados, por lo cual la devolución procedería aun en el caso de no haber mediado la aludida renuncia.

**Daños y perjuicios.**—La condena en costas motivada por haber planteado la demanda, ante Juez incompetente, se incluye entre los daños que deben ser indemnizados por el incorrecto proceder del Letrado mientras estaba en vigor el contrato de servicios. (STS de 14 de febrero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—En el mismo sentido véase la STS de 30 de diciembre de 2002 (responsabilidad profesional del abogado por no haber solicitado expresamente en la demanda el recargo del 20 por 100 de la indemnización reclamada). Oportuna resulta la diferenciación entre el régimen de la provisión de fondos del cliente al letrado, habitual en este tipo de contratos, y las consecuencias que en relación con la misma puede producir la renuncia a los honorarios que, en un momento posterior, realiza aquél. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

**45. Contrato de asistencia médica: responsabilidad de la Ginecóloga: parálisis cerebral infantil con disminución en el 84 por 100 de la capacidad orgánica y funcional del neonato: falta de prueba.**—Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba. El resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipoxio-iscuémico producido por un período expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiera plena *certeza procesal* ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada. Hay un oscurantismo o falta de transparencia total, más inexplicable todavía dadas las circunstancias concurrentes (resultado del test Apgar) que determinaron que, ante la situación de extrema gravedad, hubiera que avisar al pediatra de guardia, el cual llevó a cabo una inmediata reanimación profunda y ventilación mecánica manual que probablemente salvaron la vida del recién nacido, pero no pudieron impedir la grave secuela, ni siquiera con el ulterior traslado a la UCI-P del Hospital de T. La atribución de la carga probatoria a la ginecóloga resulta tanto más justificada si se tiene en cuenta que llevó la atención y asistencia de la actora durante todo el embarazo, el resultado absolutamente desproporcionado producido, las circunstancias concurrentes en la embarazada y la absoluta falta de explicación sobre los hechos en el escrito de contestación.

**Doctrina general sobre el daño anormal y desproporcionado.**—La doctrina de esta Sala ha venido flexibilizando el rigor de la regla del artículo 1214 CC, haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba, que ha sido asumida por el apartado 6 del artículo 217 LEC 2000, conforme al cual *para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo [sobre la carga de la prueba] el Tribunal deberá tener presente la*

*disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*; doctrina que se recoge, entre otras, en las SSTS de 8 de marzo y 28 de noviembre de 1996, 28 de febrero de 1997, 14 de septiembre y 28 de octubre de 1997, 30 de julio de 1999, 3 y 29 de mayo de 2000 y 8 de febrero de 2001. Como consecuencia de ello, aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad, así como de la culpa, incumbe al paciente y no al médico, sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño (SSTS, entre otras, de 16 de junio de 1989, 2 de diciembre de 1996, 19 de febrero y 9 y 21 de diciembre de 1999 y 31 de julio de 2002), o se da la situación de facilidad o disponibilidad probatoria.

**Concurrencia de los requisitos de la culpa contractual.-1.º** Es evidente la existencia de culpa por parte de la ginecóloga demandada al actuar con falta de diligencia en su quehacer profesional al no reducir el período expulsivo para evitar el sufrimiento fetal producido; en la actual praxis obstétrica se considera expulsión prolongada del feto aquella que dura más de treinta minutos en las múltiparas y una hora en las primíparas; en el caso actual el plazo fue de tres horas. **2.º** Es aplicable la responsabilidad derivada del arrendamiento de servicios, no habiendo problemas de congruencia porque en la demanda se ejercitaron acumuladas la acción contractual y la extracontractual. **3.º** No cabe estimar la acción ejercitada contra el Centro médico, pues la ginecóloga carece de relación jurídica con éste, y la actuación del pediatra de guardia ha sido totalmente correcta; en cuanto a la inexistencia de UCI-P en el Centro, aunque merece un reproche en abstracto, no puede ser valorado en el caso, porque no influyó ni en la producción ni en la agravación de la lesión. **4.º** La entidad del daño resulta evidente y la cantidad pedida totalmente adecuada a las circunstancias del mismo; iniciada la demanda por el padre, se prueba su fallecimiento durante el proceso, por lo cual la cantidad total de 100.000.000 de pesetas ha de distribuirse en 5 millones para la madre en concepto de gastos y daños morales y el resto de 95 millones para las atenciones de todo tipo de la menor, y a fin de garantizar el cumplimiento de dicho objetivo en ejecución de sentencia se adoptarán todas las determinaciones que resulten a tal fin con intervención del Ministerio Fiscal. (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.-**En 1995 el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Almería desestimó la demanda dirigida contra la Ginecóloga asistente al parto y el Centro Sanitario en el que tuvo lugar éste; en 1997 la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería confirmó la sentencia, salvo en las costas de primera instancia. El TS (Pte.: Corbal Fernández) estima el recurso de casación, con base en la doctrina extractada, y condena exclusivamente a la ginecóloga a la cantidad solicitada. Del historial médico de la actora se deduce que la madre había desarrollado diez años antes un embarazo eptópico, había sufrido dos abortos provocados y estaba en la edad límite para tener hijos.

**NOTA.-**Notable sentencia por estimar el recurso frente a dos resoluciones absolutorias en la instancia, por la cuantía de la indemnización concedida (100.000.000 de pesetas), acorde con las gravísimas secuelas causadas a la recién nacida (parálisis cerebral con disminución funcional del 84 por 100), derivada de la negligencia

cia de la médico ginecóloga que asistió en el embarazo y en el parto. En el FD 3.º se afirma que el error de la sentencia recurrida se basa en que la evidencia de que el sufrimiento fetal se derivó de un período expulsivo prolongado quedó ensombrecida porque el perito informante admite que la asfixia pudo haber ocurrido antes del parto, o en etapas muy iniciales del mismo, y que al mismo no le consta si para el cómputo de más de tres horas tal referido período incluye o no el tiempo de dilatación. En tal incertidumbre radica fundamentalmente la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia Provincial. Ahora bien, añade la sentencia extractada que no se tiene en cuenta que todo ello se pudo haber aclarado mediante la aportación de la documentación de que disponía la médico demandada, especialmente la historia clínica obstétrica de la paciente, la evolución del embarazo, la evolución de la gestación ingresada anteparto en Sanatorio, así como el partograma con registro de monitorización fetal y datos sobre el expulsivo. Es cierto que parte de esta prueba había sido propuesta por la demandada, siendo rechazada inexplicablemente en primera instancia, pero la resolución no fue recurrida, y tampoco la solicitada era completa.

Entre nosotros se han avanzado últimamente serias dudas acerca de la conveniencia de haber importado a nuestro ordenamiento la doctrina anglosajona invocada por esta sentencia (así Mónica Navarro Michel, «Sobre la aplicación de la regla “res ipsa loquitur” en el ámbito sanitario», ADC, 2003, pp. 1197 ss.). En todo caso nos encontramos ante un supuesto típico de la misma en la jurisprudencia norteamericana, según la cual para ser exonerado el médico demandado debe ofrecer una explicación causal de los daños compatible con su diligencia (*loc. cit.*, p. 1213), lo que no ha ocurrido en el presente caso. Por otro lado, la doctrina que se invoca del daño anormal no es la única *ratio decidendi*, dado que la novedad incorporado al apartado 6 del artículo 217 LEC 2000 –inaplicable al caso por razón de la fecha– no puede considerarse tal por haberla introducido anteriormente la doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

**46. Préstamos usurarios. Contratos de compraventa, arrendamiento y de opción de compra que ocultan la existencia de un contrato de préstamo. Calificación como usurario conforme al artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908.**—La calificación o no de un préstamo como usurario, constituye un juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico que se encuentra en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908. Conforme al mismo, la jurisprudencia del TS distingue tres posibilidades de contrato de préstamo usurario: aquel en el que el interés estipulado sea notablemente superior al normal del dinero, cuando sea desproporcionado con las circunstancias del caso (STS de 7 de marzo de 1998), o en condiciones que resulten leoninas. Dicho carácter leonino se manifiesta en la existencia de cláusulas tales como aquella en virtud de la cual la parte se reserva aplicar el IPC en el nivel territorial que ella quisiera elegir, una penalización de 15.390 pesetas por día de demora en las cuotas, la renuncia del fuero propio de las vendedoras, así como la ausencia de fijación de un precio en el derecho de opción que posteriormente se fijó en el doble del precio fijado en la compraventa.

**Libertad de los Tribunales para la calificación del préstamo. Jurisprudencia del TS acerca del artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908. Efectos de la nulidad del contrato de préstamo.**—El artículo 2, derogado actualmente por la disposición derogatoria única de la LEC de 2000, otorgaba a los Tribunales de justicia una amplia libertad para la calificación del préstamo como usurario, facultad que incluso se extendió al TS. En este sentido, y sin que llegara a convertirse la casación en una tercera instancia, el TS «ha extendido al ámbito de la casación esa libertad valorativa o estimativa del *factum* denunciado como usurario» (FD 2.º, STS de 12 de diciembre de 1994). Se admite que el TS pueda entrar en el estudio y análisis de la prueba practicada en el pleito, toda vez que «el juicio que haya formado el Tribunal de instancia en casación es respetable pero no intangible» (FD 3.º STS de 23 de noviembre de 1999, y en igual sentido las SSTS de 11 de marzo de 1966, 12 de enero, 14 de marzo y 1 de julio de 1967, 21 de marzo de 1980, 25 y 30 de enero de 1984, 4 de julio de 1989, 17 de diciembre de 1990, 8 de noviembre de 1994 y 12 de julio de 2001, entre otras). Declarada la nulidad de los contratos, señala el artículo 3 de la Ley de 1908 que el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida. El prestatario, por su parte, teniendo en cuenta las cantidades satisfechas, así como los intereses vencidos, devolverá lo que exceda del capital prestado. (STS de 21 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Y. y doña G. G. C. eran propietarias de un chalet sobre el que recaían las siguientes cargas y gravámenes: una hipoteca a favor de la entidad bancaria *B. S.* por un importe de 13.000.000 de pesetas; un embargo promovido por la entidad *Fiseat* por 578.869 pesetas, así como otro embargo de una entidad *leasing* por la cantidad de 332.580 pesetas más 770.000 pesetas de intereses. Ante tal situación económica, el día 8 de febrero de 1993 ambas hermanas otorgaron escritura pública de compraventa a favor de la entidad *Freja, S. A.*, señalándose como precio 14.923.416 pesetas, obligándose la parte compradora a subrogarse en la liquidación de las cargas y gravámenes existentes. Al día siguiente, 9 de febrero, se otorgó entre las mismas partes un contrato privado de arrendamiento a favor de las hermanas por un plazo de quince días y una renta trianual de 16.621.632 pesetas. Finalmente, y en torno a la misma finca, se otorgó entre las mismas partes un contrato privado de opción de compra a favor de las citadas hermanas, pero sin que en el mismo se fijara la cuantía de la opción. Dicha opción podría ejercitarse entre el 1 de marzo y el 1 de septiembre de 2008, estableciéndose que si se hiciera entre el 1 de septiembre de 1993 y el 28 de febrero de 2008, deberían las compradoras subrogarse en las cargas y gravámenes. Posteriormente se fijó el precio de la retroventa en 27.000.000 de pesetas. Finalmente las hermanas demandaron a la entidad *Freja, S. A.*, solicitando se declarara la nulidad de los citados contratos, por entender que los mismos encubrían un préstamo usurario. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial revocó dicho fallo, declarando la nulidad de los citados contratos. La representación legal de la entidad *Freja, S. A.*, interpuso recurso de casación, entre otros motivos, por infracción de los artículos 1253 y 1276 CC.

NOTA.—En el supuesto que nos ocupa, el TS vuelve a analizar un supuesto de préstamo usurario conforme a la definición del mismo contenida en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, aun cuando, tal y como señala la sentencia en su FD 4.º, el recurso de casación esté viciado en tanto que no se alega infracción de ningún precepto de la citada ley, pese haber sido aplicada en grado de apelación. Mediante la celebración de sendos contratos de compraventa, arrendamiento y de opción de compra las partes intentaron ocultar la existencia de un contrato de préstamo, en este caso, usurario, asegurado con una garantía inmobiliaria sin desplazamiento. El TS tomó en cuenta la existencia de una compraventa cuyo precio resultó muy inferior al precio real de la finca y casi coincidente con el capital garantizado por la hipoteca existente sobre la misma, un contrato de arrendamiento de quince años de duración cuyas rentas totales igualmente resultaban desproporcionadas, así como la existencia de una opción de compra atípica, con ausencia inicial de un precio de ejercicio de la misma. Todos esos negocios se entiende que encubrían un contrato de préstamo usurario, no sólo por las circunstancias que llevaron a las partes a celebrarlo, sino por las condiciones y cláusulas del mismo. Entiende que en el caso se dan numerosas semejanzas con el analizado por el TS el 12 de diciembre de 1994, en el que si bien no existía un pacto de retro, dicha finalidad se conseguía con un contrato de arrendamiento. (*R. D. O.*)

**47. Doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de sumisión a arbitraje.**—El TS ha ido evolucionando hacia una mayor flexibilidad a la hora de interpretar la expresión «cualquier actividad procesal» del artículo 11 de la Ley de arbitraje de 1988. En un principio, el Alto Tribunal entendía que la excepción de sumisión al arbitraje no estaba adecuadamente planteada si el demandado, además, se oponía a la demanda en el fondo (SSTS de 2 de julio de 1992, de 16 de marzo de 1996 y de 13 de mayo de 1998, entre otras). A partir de la S de 18 de abril de 1998, se empieza a consolidar la doctrina de que, por la amplitud del artículo 687 LEC de 1881, nada impedía al demandado proponer esa excepción y, en ese mismo escrito, contestar a la demanda en el fondo (SSTS de 1 de junio de 1999, 14 de junio de 2001 y 20 de junio de 2002).

En cuanto a la legislación aplicable al seguro marítimo, éste no se rige principalmente por la Ley de contrato de seguro de 1980, sino por las disposiciones especiales del Código de comercio; aquélla es meramente complementaria (SSTS de 2 de diciembre de 1991, 31 de diciembre de 1996 y 23 de junio de 1999).

También viene declarando el TS que la cláusula de sumisión expresa consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al artículo 780 CCO, se subroga en su lugar en virtud del pago; en esos casos de subrogación, la acción que ejercita el asegurador es la misma que correspondería a su asegurado (STS de 11 de noviembre de 1991). En otro caso, la aseguradora podría invocar el contrato de su asegurada en lo beneficioso con inmunidad frente a lo perjudicial. Otro supuesto distinto sería el de la aseguradora cuya asegurada no hubiera consentido la cláusula de sumisión a arbi-

traje por tener la condición de mera receptora del cargamento, ajena por tanto al contrato de fletamento (STS de 30 de diciembre de 1992).

Conforme al artículo 6.2 de la Ley de arbitraje de 1988, lo decisivo para reconocer la validez del convenio arbitral es la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje y no tanto la firma de las partes. La jurisprudencia más reciente del TS se muestra contraria a la utilización de «fórmulas sacramentales» como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje y a favor del criterio respetuoso de la voluntad de las partes (STS de 13 de marzo de 2001).

La STS de 14 de mayo de 1992 confirma la línea interpretativa favorable a la admisión del arbitraje respecto del problema de aplicación de las reglas de La Haya. En este tipo de litigios, a juicio del Alto Tribunal, no son aplicables las cautelas del artículo 5.2 de la Ley de arbitraje ni la jurisprudencia protectora del consumidor como parte contratante más débil, pues no hay ninguna razón para suponer que la negociación entre las empresas no se hizo en igualdad de condiciones. (STS de 6 de febrero de 2003; ha lugar.)

**HECHOS.**—El *Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros*, es la aseguradora de las capturas de dos pesqueros-congeladores, pertenecientes a empresas españolas diferentes. Éstos transbordaron en alta mar a un buque de bandera soviética, procedente de las Islas Malvinas, sus capturas de pescado. La aseguradora interpone demanda contra la compañía fletadora como porteadora o responsable del transporte, fundándose en las anomalías y daños sufridos que las partidas procedentes de uno y otro pesquero presentaban al ser descargadas en el puerto de destino. Además, alega la aseguradora demandante que había satisfecho a sus aseguradas las correspondientes indemnizaciones, quedando de esta manera subrogada en los derechos de estas últimas conforme al artículo 780 CCO. La demandada comparece y contesta a la demanda proponiendo la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y, de forma subsidiaria, la falta de legitimación de la demandante. El Juzgado de Primera Instancia rechaza estas excepciones y estima la demanda, condenando a la demandada al pago de las sumas reclamadas por los daños de las dos partidas.

La demandada interpone recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial y se confirma la sentencia de instancia. Por último, recurre en casación, alegando, entre otras cosas, la infracción del artículo 11.1 de la Ley de arbitraje y defendiendo la eficacia de la cláusula de sumisión del litigio a arbitraje en Londres, con aplicación de la ley inglesa. El TS declara haber lugar al recurso y anula la sentencia recurrida. (S. L. M.)

**48. Acción de enriquecimiento injusto. Requisitos.**—Debido a la falta de regulación legal del enriquecimiento sin causa esta figura ha sido objeto de creación jurisprudencial. La STS de 12 de enero de 1943 —si bien ya en sentencias del siglo anterior se había hecho mención a este principio: SSTS de 21 de enero, 14 de mayo y 24 de mayo de 1867— sentó las bases del denominado enriquecimiento injustificado, configurándolo como un principio general del derecho cuya finalidad no es otra que corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, prohibiendo los desplazamientos patrimoniales

carentes de causa –SSTS de 12 de enero de 1943, 25 de enero y 27 de marzo de 1958, 29 de enero y 22 de diciembre de 1962–.

Por lo que respecta a los requisitos que deben concurrir para su ejercicio dice la STS de 12 de julio de 2000, «... nadie puede enriquecerse a costa de otro, creándose en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquél efecto sería subsidiaria de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados –enriquecimiento a costa de un empobrecimiento–, en la falta de causa que los justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga, prescindiéndose, en la apreciación de su producción, de todo lo que no sea la realidad del enriquecimiento y su justificante quedándose aquél efecto, cualquiera que sea su origen, carente siempre de causa justificativa».

**Diferencias entre las acciones de indemnización de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto.**—«No puede hablarse que quien ejercita una acción indemnizatoria de los daños y perjuicios que se le han causado por el actuar negligente o culposo de un tercero, lo haga contraviniendo las exigencias de la buena fe o con exceso de los límites normales en el ejercicio de su derecho, con daño de un tercero. Por otra parte, no existe ninguna relación entre la acción indemnizatoria y la de enriquecimiento injusto, dada su distinta naturaleza y finalidad, reparatoria la de la primera y recuperatoria la segunda, fundada aquélla en la culpa o negligencia, y ésta, la de enriquecimiento, en el mero desplazamiento patrimonial injustificado que no requiere de aquél elemento de culpa (SSTS de 5 de octubre de 1985 y 25 de abril de 2000)». (STS de 21 de febrero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El pleito versa sobre las consecuencias jurídicas y económicas de la comercialización por *Denver Ibérica, S. A.* de un expositor –que denomina satélite– consistente en un mástil de tubo extensible para soporte publicitario, cuyo modelo de utilidad fue declarado nulo en dos instancias anteriores.

Con estos antecedentes, don A. C. demanda a *Denver Ibérica, S. A.*, solicitando la condena de la misma a la cesación del acto antijurídico y la indemnización cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara el cese de la actividad del demandado, debiendo retirar éste los objetos producidos, mástiles, y su entrega al actor. Asimismo, *Denver Ibérica, S. A.*, debe indemnizar al don A. C. por enriquecimiento injusto de los beneficios obtenidos por ésta en la comercialización y distribución de los mástiles, así como por el desprestigio que la invención patentada le haya podido causar.

La Audiencia Provincial de Barcelona estima en parte el recurso de apelación de la empresa infractora, desestimando la apelación adhesiva de don A. C., dejando, además, sin efecto los pronunciamientos de condena referidos a las indemnizaciones a percibir por el actor, es decir, enriquecimiento injusto y desprestigio.

Don A. C. interpone recurso de casación. El TS desestima el mismo.

NOTA.—La desestimación del recurso de casación se sustenta en un motivo de fondo. En caso de competencia desleal la parte actora ha de ejercitar la acción del artículo 18.8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y no aludir de forma genérica al artículo 18 del mencionado texto legal de seis apartados, uno de los cuales corresponde a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Invoca también en este sentido el artículo 63 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, el cual versa sobre acciones de cesación y de daños y perjuicios. Por lo tanto, de estimarse un enriquecimiento injusto se incurriría en una incongruencia *extra petita*.

Además, el mencionado artículo de la Ley de patentes no impone unos efectos económicos de la violación de una patente, de modo automático, sino que se ha de probar su realidad. Con carácter relativo a la propiedad industrial no puede condenarse a un resarcimiento de daños si éstos no se han probado, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización. La declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de sentencia. (M. F. N. C.)

**49. Acción de responsabilidad civil extracontractual por lesiones. La reserva expresa de la acción civil por parte de la acusación particular impide que el auto desestimatorio de un recurso de queja en el proceso penal surta los efectos de la cosa juzgada con respecto a la responsabilidad extracontractual de las personas no acusadas ni condenadas en dicho proceso.**—Semejante planteamiento es del todo inviable y ambos motivos han de ser desestimados por todo un cúmulo de razones:

A) De índole normativa, ya que a la libertad que el párrafo primero del artículo 110 LECr reconoce a los perjudicados para ejercitar las acciones que procedan, «según les convinieren», se une la que para reservarse expresamente la acción civil, a fin de ejercitarla después de terminado el juicio criminal, les reconoce el párrafo primero del artículo 112 de la misma ley, que acaba eliminando cualquier resquicio de duda al disponer, en su artículo 742, que se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil «que hayan sido objeto del juicio», lo que claramente significa que quedarán sin resolver las que no hayan sido objeto del proceso penal.

B) De índole jurisprudencial, ya que a la doctrina del TC en su S número 121/1994, amparando a quien promovió un proceso civil tras sentencia penal condenatoria por falta, pero sin pronunciamiento alguno indemnizatorio, se une la jurisprudencia de esta Sala que, de un lado, en el caso de reserva de la acción civil a los perjudicados en la sentencia penal condenatoria, les reconoce plenas facultades para ejercitarla en el proceso civil posterior tanto frente al condenado penalmente como frente a otras personas que hubieran podido contribuir a la causación del daño (SSTS de 13 de junio de 1951, 2 de noviembre de 1960 y 5 de junio de 1978, entre otras muchas), condición difícilmente atribuible a unos autos del Juez de lo Penal y de la correspondiente sección de la Audiencia Provincial, esta última en queja, que se limitaron a pronunciarse sobre una suspensión del acto del juicio oral y sobre práctica de nuevas pruebas y que, por ello, en modo alguno pudieron decidir nada sobre la definitiva exclusión de los hoy recurrentes del círculo de posibles terceros civilmente responsables por más que en dichos autos se añadieran, a los razo-

namientos estrictamente procesales otros relativos a la falta de dependencia entre el Ayuntamiento hoy recurrente y los entonces acusados.

C) Y, por último, relativas a la concreta actuación procesal de la acusación particular en el procedimiento abreviado, ya que a la reserva expresa de la acción civil por las lesiones y secuelas del demandante se une que previamente dicha parte había encabezado su escrito de solicitud de apertura del juicio oral con unas consideraciones tendentes a que se profundizara en la indagación de posibles responsables civiles distintos de los imputados, y todavía volvió a intentarlo una vez abierto el juicio oral y señalada su celebración, de suerte que cualquier reproche de desidia, dejadez o búsqueda de subterfugios en su actuación procesal ante el orden penal carece del menor fundamento.

**El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual comienza a computarse desde la fecha de la sentencia firme recaída en el proceso penal en el que se hizo expresa reserva de aquella acción.**—Basta sin embargo con recordar lo que dispone el artículo 111 LECr y ponerlo en relación con el artículo 1969 CC para que este motivo caiga por su base, porque la dependencia del proceso penal por los mismos hechos impedía con carácter general, salvo en lo expresamente previsto para las cuestiones prejudiciales, emprender la acción civil separadamente hasta que aquel se resolviera por sentencia firme, lo que a su vez desvirtúa totalmente el intento de situar la fecha inicial del cómputo del plazo de un año en el auto resolutorio del recurso de queja, intento que en gran medida refleja el mismo error de planteamiento del motivo ya examinado, éste de recurso dedicado a la cosa juzgada. En definitiva, dictada la sentencia firme resolutoria del proceso penal con fecha 12 de septiembre de 1994, e interpuesta la demanda civil con fecha 17 de febrero de 1995, es evidente a todas luces que entre una y otra no había mediado el plazo de un año.

**No cabe alegar la inexistencia de nexo causal entre la conducta de los recurrentes y el daño cuando éste se produjo en el ámbito empresarial de éstos y a causa de un descuido relacionado con su forma habitual de actuar.**—El motivo ha de ser desestimado porque, si bien es cierto que la doctrina de esta Sala admite la revisión casacional del juicio del Tribunal sentenciador sobre el nexo causal y sobre la culpa o negligencia del demandado, no lo es menos que supedita esa revisión a que el recurrente respete por completo las declaraciones puramente de hecho de la sentencia impugnada, esto es, los datos y circunstancias que presidieron la acción u omisión enjuiciada y el resultado producido. Así las cosas, difícilmente cabe aceptar el planteamiento de este motivo en cuanto para el Tribunal sentenciador quedó probado que el quiosco o chiringuito «formaba parte de una explotación familiar hostelera» integrada por padres, los aquí recurrentes, e hijos, codemandados no recurrentes en casación; que el líquido cáustico se encontraba almacenado en el hotel-bar próximo al chiringuito y propiedad del recurrente, de donde se trasladaba al quiosco; que las personas encargadas de trasladarlo de un sitio a otro eran padre e hijo, indistintamente; que los camareros trabajaban indistintamente en uno u otro negocio, habiendo declarado precisamente el camarero que sirvió el líquido que llevaba unos cuatro años trabajando en la empresa *Hotel J...*, siendo el hotel propiedad del hoy recurrente; y que hasta junio de 1992, es decir, hasta después de suceder los hechos, existió una comunidad de bienes integrada por los hoy recurrentes y sus hijos que era la titular de la actividad económica (FJ 3º). Bien claro resulta, pues, que el núcleo del motivo, falta del nexo causal por ser los recurrentes totalmente ajenos al negocio

de explotación del quiosco o chiringuito, adolece manifiestamente del vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, que consiste en dar por sentada la infracción normativa a partir de hechos distintos de los que la sentencia recurrida declara probados o ignorando pura y simplemente estos hechos; como no menos claro resulta que, respetados estos hechos, ninguna infracción de los artículos 1902 y 1903 CC cabe hallar en la sentencia impugnada, por ser evidente que el daño se causó dentro del ámbito empresarial regido por los recurrentes y a causa de un descuido muy estrechamente enlazado con la forma de almacenamiento del líquido en el hotel-bar, el traslado del mismo líquido al quiosco próximo y su depósito para uso inmediato en botellas de agua mineral que conservaban su etiqueta de origen.

**La inexistencia de la póliza de seguro de cuantía indeterminada exigida en el pliego de condiciones de la concesión administrativa del chiringuito no fue causa del daño ni elemento suficiente para declarar la responsabilidad del Ayuntamiento concedente.**—Este motivo ha de ser estimado por las siguientes razones: *a)* Los hechos determinantes de la responsabilidad del Ayuntamiento según la demanda eran la falta de póliza de seguro de responsabilidad civil y la solvencia solamente parcial de los condenados penalmente por los mismos hechos, de suerte que nada se alegaba sobre el incumplimiento de su función de policía en materia de seguridad e higiene ni sobre la falta de inspección del quiosco, cuestiones introducidas por la parte actora-recurrida al impugnar el recurso de casación y que, por ser nuevas y no haber sido sometidas a debate en las instancias, no pueden ser tratadas. *b)* Es evidente e indiscutido que en el quiosco o chiringuito donde sucedieron los hechos no se prestaba ningún servicio público ni se ejercía actividad alguna que pudiera guardar relación con servicios a cargo del Ayuntamiento sino que, muy al contrario, se explotaba un negocio de hostelería estrictamente privado o particular. *c)* La adjudicación de la explotación de un quiosco-bar con terraza mediante subasta pública para la temporada de verano a un industrial del ramo de la hostelería no implica, como entiende la sentencia recurrida, que el Ayuntamiento participara de algún modo en los beneficios empresariales, asumiendo así una posición próxima a la del adjudicatario, sino, según se desprende del pliego de condiciones que regían la adjudicación, la mera cesión temporal de un espacio público para el ejercicio de una actividad autónoma hostelera por el adjudicatario, quien, una vez pagado el precio resultante de la subasta, no tenía que hacer partícipe al Ayuntamiento de los beneficios de la explotación. *d)* Resulta, así, que lo que en verdad se está imputando al Ayuntamiento no es una responsabilidad por la causación del daño, sino una responsabilidad por la eventual insolvencia de los verdaderos responsables del daño al no haber cuidado debidamente el cumplimiento de la exigencia contenida en la base 11.ª del pliego de condiciones, consistente en que el adjudicatario acreditase póliza de responsabilidad civil «que asegure los riesgos», línea argumental que quiebra en cuanto se considere que ninguna cobertura mínima se asignaba a la póliza de seguros y que, por tanto, su presentación por el adjudicatario no habría supuesto necesariamente para la parte actora una garantía de cobro de la suma indemnizatoria concretamente fijada por la sentencia recurrida, razón por la cual no puede hacerse civilmente responsable del daño, al faltar el nexo causal entre el descuido de aquél en orden a una de las exigencias que debía cumplir el adjudicatario y el daño cuya indemnización se reclama. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar al primer recurso; ha lugar al segundo.)

**HECHOS.**—Dos niños de seis años piden agua en la barra de un chiringuito y el camarero, por error, les sirve de una botella con la etiqueta de agua mineral pero llena de detergente para lavavajillas, lo que les causa importantes lesiones a ambos y al padre de la niña que probó el contenido del vaso. En el proceso penal que se siguió por imprudencia temeraria contra los dueños del chiringuito y los camareros que allí servían, éstos fueron condenados, habiéndose reservado la acusación particular la acción civil por la correspondiente responsabilidad extracontractual. En el pleito civil se demanda no sólo a los condenados en el proceso penal, sino a sus padres, dueños del hotel relacionado con el chiringuito, y al Ayuntamiento concedente de la correspondiente concesión administrativa. El Juzgado de Primera Instancia condena a todos los demandados, excepto al Ayuntamiento, al que absuelve, decisión que es revocada por la Sala de apelación. Interpuestos sendos recursos de casación por los dueños del hotel y por el Ayuntamiento, el TS declara no haber lugar al recurso de los primeros y haber lugar al recurso del segundo, por lo que casa la sentencia de instancia confirmando íntegramente la del Juzgado. (*L. F. R. S.*)

**50. Responsabilidad extracontractual. Solidaridad impropia.**—La doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, en supuestos de responsabilidad de la Administración y de personas físicas o jurídicas privadas, ha admitido la existencia de una solidaridad impropia, por no derivarse de pacto o de disposición legal, siempre que el resultado dañoso sea consecuencia de varias aportaciones causales y no sea posible la determinación de la entidad de las respectivas aportaciones (STS de 7 de noviembre de 2000, y las que en ella se citan).

**La fuente de la solidaridad impropia es la sentencia que la establece.**—La obligación de responder del daño causado es solidaria por obra de la sentencia que la declara e impone, por tanto, de ninguna manera se puede mantener que la solidaridad es anterior a la sentencia. En otras palabras, la fuente de donde nace esta solidaridad es la sentencia que la reconoce.

**Solidaridad impropia e interrupción de la prescripción.**—No es posible dar efecto interruptivo de la prescripción a la acción contra uno de los obligados por obra de una demanda de conciliación dirigida exclusivamente contra otros responsables, al ser la fuente de donde nace la solidaridad la sentencia que la establece. (STS de 21 de octubre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—El 25 de mayo de 1992, don J., conductor al servicio de una entidad mercantil, sirvió grava y arena a don M., con destino a la obra que llevaba éste a cabo en su casa, sita en la carretera que va de Ginés a Valencia en la provincia de Sevilla. Se descargó la grava y la arena sobre las 19 horas, ocupando la misma el acerado y la calzada sin señalización alguna. Sobre las 23 horas del mismo día, el actor colisionó con el montón de grava y arena que se encontraba en la calzada al conducir una motocicleta. Como consecuencia de las lesiones producidas por el accidente, se declaró, por el INSS, la invalidez permanente en grado de incapacidad permanente del actor.

Fueron demandados el Ayuntamiento de Ginés, don M., don J. y la entidad mercantil para la que trabajaba este último, para que

indemnizasen, con carácter solidario, al actor en la cantidad de 60.378.100 pesetas por los daños y perjuicios irrogados. Quedó probado: *a*) que la grava y la arena ocupaban la décima parte aproximada de la calzada; *b*) que la anchura de tal calzada era de 12,80 metros; *c*) que en el momento de la colisión no circulaba vehículo alguno, en ambos sentidos, por dicha calzada; *d*) que la velocidad de la moto era superior a la autorizada para el lugar, y *e*) que el conductor no llevaba puesto el casco protector en el momento del accidente.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar la excepción de falta de reclamación previa en la vía administrativa. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y, entrando en el fondo, condenó solidariamente al Ayuntamiento (por su falta de vigilancia de la vía pública) y a don M. (por colocar la grava y la arena en parte de esa vía) a pagar al actor 18.113.430 pesetas, al apreciar concurrencia de culpa de la víctima, y por eso modera la indemnización pedida, imputándole un 70 por 100 a la víctima, y un 30 por 100 al Ayuntamiento y a don M. El TS no da lugar al recurso interpuesto por el demandante y acoge en parte el presentado por el Ayuntamiento, al entender que la culpa del actor debe graduarse en un 90 por 100 del total y, en consecuencia, fija la indemnización en 6.378.100 pesetas. (*I. D. L.*)

**51. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.**—La Audiencia Provincial sigue una doble línea argumentativa, quizá no con la claridad deseable, pues sostiene que el ensayo de la exhibición que iba a realizarse constituyó una actuación de la Administración como persona jurídico privada, y por otra parte invoca la doctrina sobre la *vis attractiva* de la jurisdicción civil que, «posibilita que ambas acciones, ejercitadas frente a la propia Administración y a las personas intervinientes en la actividad causante del daño, sean acumulables y se desarrollen en la jurisdicción civil», doctrina propia de los casos en que la Administración no actúa en relaciones de Derecho privado. En el caso habrá de estarse a la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la *vis attractiva*, de la que son muestra, como más recientes, las SSTs de 28 de diciembre de 1998 y de 7 marzo de 2002, ya que la Administración no actuó en una relación de Derecho privado.

**Responsabilidad extracontractual. Teoría del riesgo e inversión de la carga de la prueba.**—La Audiencia argumenta muy razonablemente teniendo en cuenta «la descoordinación que se produjo entre el piloto y el copiloto que elevaron el helicóptero antes de que el demandante se hubiera soltado, y que sin dicha descoordinación no se hubiera producido el suceso lesivo», cuando deberían «haber extremado el cuidado y la prudencia en evitación del resultado lesivo», sin que, en definitiva, «los demandados hayan acreditado lo conducente para eximirse de responsabilidad conforme a las exigencias de la teoría del riesgo con inversión de la carga de la prueba», frente a todo lo cual no resulta convincente lo alegado por el demandado, en el sentido de que el «accidente se produjo con la intervención directa del lesionado», pues, independientemente de las causas por las que el perjudicado no pudiera desasirse más rápidamente de la cuerda de descenso, lo incuestionable es que se elevó el helicóptero y se soltó la cuerda sin cerciorarse los pilotos de que aquél ya no pendía de ésta, lo cual configura el elemento de culpabilidad

determinante de la aplicación del artículo 1902. (STS de 15 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con ocasión de prepararse un ejercicio de descenso en *rappel* desde un helicóptero, que iba a llevarse a cabo en la Plaza de España de Sevilla con ocasión de celebrarse el Día de la Policía Nacional, el actor, que participaba en la exhibición, sufrió graves daños, a consecuencia de elevarse el helicóptero antes de soltarse el agente de la cuerda que lo sostenía. El perjudicado demandó tanto al piloto y copiloto del aparato como a la Administración del Estado, solicitando la condena solidaria de todos ellos. Los demandados opusieron la falta de jurisdicción y la culpa de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó los recursos de apelación planteados. El TS no dio lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados. (L. A. G. D.)

**52. Culpa extracontractual: lesiones causadas a niña pequeña que se columpia sobre cadena que cierra finca privada: rotura de pilastras: concurrencia de causas.**—Se declara probado que las pilastras construidas por el demandado para cerrar su finca, no reunían unas mínimas condiciones de seguridad, cuando se trataba de unas construcciones que debían haber sido erigidas adoptando especiales medidas para tal fin; el incumplimiento de tal deber motivó que el empleo como columpio por parte de unas niñas de la cadena tendida entre aquéllas, originase la caída de una de éstas, causando lesiones graves a la hija del actor. Se estima la concurrencia de causas, y no compensación, pues nada se compensa, ni las culpas, pues no cabe pensar en la culpabilidad de una niña pequeña, sino que la actuación de ésta concurre con la del demandado en la producción del daño. La pilastra cayó porque la niña se columpiaba en la cadena, pero ello no significa que la pilastra se derrumbó exclusivamente por esto, sino que, como no estaba bien construida, la leve tensión creada entre las pilastras por el juego de la niña al columpiarse, fue lo que desencadenó el trágico final. Ha quedado acreditado el nexo causal entre la actuación del demandado, y el daño, en lo que está inmersa la culpabilidad; no se ha acreditado que la lesión se debió a la causa exclusiva de la víctima, ni tampoco al caso fortuito.

**Presunción de inocencia.**—Este principio se aplica no sólo en el ámbito del Derecho penal sino en todo campo del Derecho en que se contengan normas punitivas o sancionadoras, pero no cuando se trata de una cuestión de acreedor y deudor — y no de culpable o inocente—, es decir de una obligación nacida, en este caso, de acto negligente (STS de 19 de junio de 1997); doctrina que se reitera en STS de 12 de junio de 1998, en un caso de responsabilidad aquiliana, que dice: La presunción de inocencia no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio de la víctima quede en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo.

**El recurso de casación no puede basarse en la alegación de preceptos reglamentarios.**—La tarea casacional va vinculada a la observancia y vigilan-

cia del cumplimiento de las leyes o normas esenciales del Poder legislativo o similares, pero no a las disposiciones emanadas del Ejecutivo en uso de su potestad reglamentaria (STS de 22 de abril de 2002); en el presente caso no puede estimarse la infracción de la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 15 julio 1988, pues es doctrina reiterada que no cabe en casación, en el orden jurisdiccional civil y ante esta Sala 1.ª, la alegación de preceptos reglamentarios; la posibilidad de invocar otras disposiciones de rango inferior a la ley o de naturaleza no civil, queda reducida a los casos en que tales normas tengan una ley civil como cobertura, o sean complementarias, o estén íntimamente relacionadas (SSTS de 25 y 29 de octubre y 26 de noviembre de 1990, 8 y 10 de junio y 10 y 19 de julio, y 31 de diciembre de 1991).

**Cuestión nueva.**—No se pueden plantear cuestiones nuevas en casación, ya que se atentaría al principio de defensa y contradicción, al ser temas de los que la parte contraria no pudo defenderse, al no ser alegados en la instancia.

**Motivación de las sentencias.**—Según la doctrina del TC que ha mantenido reiteradamente el TS, lo que el artículo 120.3 CE exige es que las sentencias han de ser siempre motivadas, y se cumple dicho mandato si se lleva a cabo explicación adecuada, dentro de la lógica jurídica y razonar pertinente, de la *ratio decidendi* que determina el fallo, por lo que se da suficiente motivación cuando la decisión judicial viene precedida y apoyada en razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales que la fundamentaron, no siendo precisa, ni exigente, la cita de los artículos aplicados (STS de 8 julio 2002, que reitera otras anteriores). (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El demandado construyó por sí mismo unas pilastras, a las que unió con una cadena para cerrar la entrada de su finca y como modo de acceso a la misma, situada a escasos centímetros de un camino público. No se explica el material de que estaban construídas las pilastras (¿ladrillo revestido de cemento?, ¿meras piedras superpuestas? ¿simples estructuras metálicas?), ni la naturaleza, rústica o urbana, de la finca cuyo acceso quería impedirse (de ser rústica le amparaba expresamente el art. 388 CC). El hecho desencadenante fue que unos niños emplearon como columpio la cadena tendida entre ambas pilastras, y, en el momento en que se columpiaba la hija de los actores, la pilastra se derrumba y cae sobre la menor causándola lesiones graves. Ahora bien no se describen estas últimas (la Audiencia Provincial redujo la indemnización de 20 a 12 millones pesetas, aproximadamente), ni tampoco el tiempo que hacía que la cadena había sido colocada, ni si el lugar estaba próximo a viviendas, ni si era frecuente que los niños jugasen allí, ni si la víctima habitaba en sus cercanías, ni si pudo ocurrir que los propios niños hubiesen manipulado las pilastras favoreciendo su ulterior caída. Tampoco se aclara si, en razón a la edad de la menor (se la califica de *niña pequeña*), era prudente y razonable que estuviera sola, en el momento del accidente, bajo la vigilancia de una persona mayor. En resumen: la condena del dueño de la finca parece fundamentarse en una previa actuación *artesana* y, más bien, *chapucera* en relación con el cierre de la finca de su propiedad, sin que la prueba haya sido, a mi juicio, exhaustiva, ni sobre las circunstancias del hecho, ni sobre la culpabilidad del demandado. Se está, a mi juicio, ante un supuesto de aplicación pura y simple del artículo 1902 CC, sin que se trate de hechos que se estén reiterando en la vida actual, ni

parece haber haber razones para invertir la carga de la prueba o aplicar la doctrina del riesgo. (G. G. C.)

**53. Culpa extracontractual: accidente que sufre un joven de 19 años que trepa por torre de alta tensión y cae al suelo: secuelas irreversibles: culpa exclusiva de la víctima: doctrina general.**—La responsabilidad civil extracontractual reclamada por el joven de 19 años que cayó al trepar por una torre de alta tensión de unos 17 metros, y por sus padres conjuntamente, queda excluida, porque concurre un supuesto de culpa exclusiva de la víctima. Esta apreciación es acertada por ajustarse plenamente a las circunstancias del caso, pues la conducta irreflexiva del joven ha sido la causa única, es decir, la determinante en exclusiva del evento. La situación de *culpa exclusiva* se produce no solamente cuando la culpa de la víctima es total (STS de 9 de julio de 1999), o el único fundamento del resultado (STS de 31 de enero de 1989), sino también cuando dándose una circunstancia concurrente existe una gran desproporción, o la actuación de la víctima es de tal gravedad que anula o absorbe aquélla (SSTS de 7 de enero de 1992, *a contrario sensu*; 3 de abril de 1998 y 15 de julio de 2000). Las omisiones atribuidas aquí a las entidades demandadas, o son irrelevantes, o carecen de entidad respecto de la conducta desplegada por el accidentado, sin que en absoluto se comprendan en lo que debe preverse —riesgo potencial— en relación con el discurrir normal de los acontecimientos; no han preparado, condicionado o determinado el acontecimiento producido.

**Inaplicabilidad de la responsabilidad por riesgo.**—Esta doctrina jurisprudencial requiere que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (SSTS de 20 de marzo de 1996, 23 de diciembre de 1997, 2 de marzo de 2000 y 6 de noviembre de 2002), lo que no ocurre en el caso, porque la creación del riesgo ha de determinarse en relación con el supuesto que integra la *causa petendi*; en todo caso la teoría del riesgo no es aplicable en los supuestos de existencia de culpa exclusiva de la víctima (SSTS de 18 de abril de 1985, 11 de febrero de 1992 y 26 de mayo de 2000). No resulta tampoco aplicable la doctrina de la STS de 21 de noviembre de 1995 por diversidad de supuesto de hecho (peón agrícola que sufre accidente al producirse un contacto entre los aparatos de riego por aspersión que manejaba y la conducción eléctrica). (STS de 24 de enero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La víctima se encontraba en una fiesta organizada por los alumnos de Bachillerato de T., que se celebraba en los bajos de la iglesia parroquial, cedidos para la ocasión por el párroco; y siendo las 1,20 horas, con la euforia de la bebida, la víctima trepó por la torre eléctrica colindante con el terreno en que se encuentra la iglesia, y a pesar de que varios asistentes a la fiesta le gritaban para que desistiera de su actitud, siguió subiendo hasta tocar alguno de los conductores situados a 16,35 metros de la base, o hasta acercarse a ellos a una distancia inferior a los 23 centímetros cayendo al vacío. Como secuela del accidente padece una tetraparesia espástica que le produce un grado de minusvalía del 83 por 100, percibiendo una pensión de 747.180 pesetas anuales, no necesitando la ayuda de otra persona para la totalidad de sus actividades diarias. La torre es propiedad de *Hidroeléctrica del Cantábrico*, teniendo

aseguradas sus responsabilidades civiles, dispone de placa indicadora de peligro, así como un dispositivo de protección, aunque no tiene dispositivo antiescalo. El Juzgado de Primera Instancia apreció concurrencia de culpas, fijando en el 10 por 100 la atribuida a la empresa eléctrica. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró la culpa exclusiva de la víctima.

NOTA.—Parece que estamos en presencia de un supuesto más de la *fiebre reclamatoria* que últimamente aqueja a nuestra sociedad, ciertamente cada vez más concienciada de sus derechos, lo que en sí es bueno, pero no cuando se extralimita y exagera, como es el caso. Al leer el relato fáctico del FD 1.º la inicial conclusión es *sibi imputet*, lo que se ratifica ulteriormente al comprobar que la demanda se dirige, además, contra el Ayuntamiento, por incumplir su deber de seguridad de los ciudadanos, y frente al Arzobispado, ¡por permitir fiestas nocturnas en los locales de la parroquia!

La posible responsabilidad de la empresa propietaria de la torre eléctrica de alta tensión constituye, sin duda, el tema central, respecto del cual habían discrepado —aunque levemente— las sentencias de instancia, pues el Juzgado de Primera Instancia había valorado en una décima parte la cuantía de la responsabilidad imputable a la empresa hidroeléctrica, mientras que la Audiencia Provincial absolvió a todos los demandados, basándose en que a ningún riesgo ineludible se sometió a la víctima, a la sazón de 19 años de edad, que se encuentra ante una torre eléctrica de unos 17 metros de altura, señalizada convenientemente por el indicativo de alta tensión, y que asume de manera voluntaria y consciente un riesgo que conoce y el peligro de subirse por ella, desoyendo las indicaciones de quienes le acompañan y presencian la acción; en este caso la previsibilidad acerca de las medidas más elementales para protegerse del daño había de tenerla preferentemente dicha persona y no la empresa demandada, dentro de una valoración ponderada y lógica de las circunstancias concurrentes. Probablemente desbordaba del caso concreto la consideración de si las torres de alta tensión debían o no ubicarse en el centro de las poblaciones; de haberse planteado el tema, ello hubiera obligado, en el supuesto a revisar si, en su momento, la autorización administrativa para su instalación había sido correcta, o no (sin olvidar que al tiempo de conceder aquélla pudo muy bien no existir razones en contra, y producirse éstas más tarde). Si el hecho hubiera ocurrido a plena luz del día y si la víctima hubiera sido un menor de 5 ó 6 años, o un deficiente (aunque en el caso parece probado que la víctima tenía, de hecho, en el momento de realizar la ascensión a la torre, disminuidas sus facultades mentales por la ingesta de bebidas alcohólicas), la solución acaso hubiera sido otra. No cabe duda, por otra parte, que los mecanismos antiescalo otorgan mayor seguridad a los ciudadanos, si bien no consta de su obligatoriedad. Teniendo en cuanto todas las circunstancias concurrentes hay que considerar, sin embargo, equitativa y razonable, la sentencia absolutoria. (G. G. C.)

**54. Responsabilidad extracontractual por los daños causados por una explosión debida a un escape de gas. No es ilógica la valoración de la**

**prueba practicada por la Sala, de la que se deduce la culpa del usuario que manipuló indebidamente la instalación del gas.**—Por tanto, si el escape fue debido a las deficiencias de la nueva instalación del sistema de calefacción tras su cambio de lugar, por algún fallo en la conexión de las tuberías hacia la caldera, por defecto de las soldaduras o su mala calidad, o bien fuera debido a la circunstancia de no haberse anulado debidamente la llave o conducto de gas a la cocina tras cambiar ésta por una eléctrica (en el supuesto de que realmente no se hubiera anulado), a más de la imprudencia que tan deficientes obras ya de por sí suponían, todo ello implica la materialización de la culpa, al omitir el deber de cuidado que obligaba al recurrente a título personal y que le venía impuesto en virtud del artículo 97.7 del Reglamento General del Servicio Público de Combustibles de 26 de octubre de 1973, que dispone que corresponde a los usuarios el mantener en perfecto estado de conservación las instalaciones a partir del contador, lo que se reitera en el contrato de suministro de propano concertado con la comunidad de vecinos a la que pertenecía el piso del recurrente, al establecer que el usuario queda advertido y se compromete a mantener las instalaciones para alimentación y consumo de gas en perfectas condiciones técnicas y de seguridad, siendo el usuario responsable de cualquier daño o accidente que pudiera producirse por deficiencias de las mismas o por causas imputables a él o a su personal.

En la sentencia impugnada, que asume toda la jurisdicción sobre todos los extremos de la cuestión litigiosa, no altera en ningún momento los términos de la contradicción entre las demandas y la contestación, al estimar el recurso interpuesto por la representación de don C. C. S. y doña G. S. P. y tener en cuenta que el recurrente en forma alguna ha probado que el escape de gas se debiera a fuerza mayor o causa fortuita o que actuara en todo momento con la prudencia, diligencia o cuidado, tanto de instalación, como el uso y consumo del gas propano, es más, ni siquiera lo intentó probar en el procedimiento civil, donde se limitó a proponer como pruebas la unión en cuerda floja de las diligencias previas instruidas por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarancón.

**Es cierto que la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad por culpa ha experimentado una considerable evolución, lo que no empece la apreciación de la culpa del recurrente, perfectamente acreditada en la sentencia de instancia.**—Atendidos 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 ésta 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 la culpa de 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.

Esta evolución jurisprudencial se subraya a efectos de señalar el marco referencial en el que opera la exigencia de responsabilidad civil extracontrac-

tual. Pero, también hay que subrayar que el elemento de culpa atribuible al recurrente ha quedado de forma terminante y prolija acreditado en la sentencia impugnada, que casacionalmente no puede alterarse, como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior.

**No falta el enlace lógico entre el hecho base y el resultado deducido del mismo.**—El motivo no puede ser atendido, pues la relación causal, cuestión de hecho, ha quedado debidamente acreditada en la forma en que se ha expuesto para desestimar el recurso formulado por el demandado condenado.

La sentencia de la Audiencia establece que ha quedado acreditado que el escape de gas se produjo en el interior de la vivienda, sin que quepa pensar en dato alguno que suponga una etiología extraña, de lo que cabe deducir la omisión por parte del dueño de dicho local de las medidas necesarias para prevenir el evento, omisión o falta de precaución que por incidir en el presupuesto de la culpa permite declarar la responsabilidad.

**No puede declararse responsable solidaria a la empresa suministradora que no comete ningún género de negligencia.**—A los efectos de desestimar el motivo, no puede discutirse el acreditamiento y afirmación de la sentencia impugnada, en el sentido de que la responsabilidad sobre las instalaciones, en virtud del Reglamento de 26 de octubre de 1973, artículo 27.5.4, queda referida a la conservación de las mismas hasta la llave de entrada del inmueble; y, como se expone en la sentencia, los peritos que examinaron las instalaciones exteriores tras el accidente manifestaron que se encontraban en perfecto estado, excluyendo totalmente su intervención en el siniestro.

Por todo ello no puede admitirse que *Repsol Butano, S. A.*, incumpliera el deber de diligencia que le incumbía respecto a las instalaciones de los aparatos de consumo, ni que el siniestro tuviera su origen o fuera debido a conducta negligente de dicha empresa, pues entre su proceder legalmente correcto y el siniestro no existe relación alguna de causalidad; sin que esta apreciación de hecho de la Audiencia pueda ser alterada casacionalmente por ilógica, irracional o absurda.

**La compañía aseguradora de la suministradora del gas no tiene obligación de indemnizar en términos diferentes de los expresados en las condiciones especiales de la póliza y, más aún, teniendo en cuenta la exoneración de responsabilidad de la tomadora del seguro.**—Si bien es cierto que el citado precepto de la Ley de contrato de seguro establece que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta de éste, el daño o el perjuicio causado a terceros, no puede admitirse que sea de aplicación al caso, toda vez que se ha eximido de responsabilidad extracontractual al asegurado *Repsol Butano, S. A.*, por las razones expuestas en el fundamento jurídico anterior, por lo que el motivo tiene que ser desechado, sin perjuicio de la condena que hace la sentencia recurrida contra *La Unión y El Fénix Español* únicamente hasta la cobertura de la póliza del seguro y con el carácter subsidiario establecido en la condición especial 9.ª de dicha cobertura; caso de insuficiencia de ésta, dentro de la misma se harán efectivas las indemnizaciones proporcionalmente a las asignadas a cada perjudicado, determinándose en ejecución de sentencia lo que a cada uno corresponda.

**Tampoco es responsable la empresa encargada del mantenimiento e inspección de la instalación, sino sólo el propietario del piso que la manipuló.**—El motivo no puede ser tenido en cuenta, pues en la sentencia de la

Audiencia de Cuenca se establece que en los presentes procedimientos acumulados se ejercitan las acciones derivadas de culpa extracontractual y no de la contractual, procedente de la relación de la comunidad con *Gas Cuenca, S. L.*, con el añadido de que conforme a lo expuesto en la misma y en esta sentencia, la única instalación que podía considerarse en mal estado era la situada en el interior del piso primero letra A, y ello debido únicamente a las obras que incorrectamente se habían hecho unos seis meses antes del siniestro, por voluntad de su propietario condenado, a través de persona no técnica en materia de gas y sin conocimiento anterior ni posterior de *Gas Cuenca, S. L.*, que nada tuvo que ver con ellas. Añadiendo que aun en la hipótesis de que esta entidad estuviera obligada a hacer inspecciones de la instalación del interior de la vivienda, difícilmente las hubiera podido practicar habida cuenta de que, como declaró el propietario ante el Juzgado del 17 de mayo de 1991, dicha vivienda sólo la había habitado durante el mes anterior al siniestro, por lo que si el escape de gas se produjo a través de esa defectuosa instalación, en virtud de lo dispuesto en la condición 11.<sup>a</sup> del contrato, la responsabilidad correspondía al titular del piso y por él debía ser asumida íntegramente.

**No existen «concausas» del resultado dañoso.**—La concurrencia de «concausas» no puede admitirse cuando no se ha admitido otra causa que la modificación de las instalaciones de gas del piso primero letra A efectuadas por su propietario, sin conocimiento ni intervención de *Gas Cuenca, S. L.*, y *Repsol Butano, S. A.*

**El recurso de casación no puede formularse al amparo de disposiciones administrativas de carácter reglamentario.**—El recurso de casación no puede formularse al amparo de disposiciones administrativas de carácter reglamentario. Por otra parte, el motivo tiene que ser desestimado por las razones expuestas en el FJ 5.º de esta sentencia.

**El recurso de casación no puede fundarse exclusivamente en preceptos genéricos como el artículo 1258 CC.**—El motivo tiene que ser desechado por las razones expuestas en el FJ 7.º de esta resolución. Subrayando que el artículo 1258 CC tiene un carácter genérico, lo que exige para ser casacionalmente tenido en cuenta, que sea armonizado con otros preceptos más específicos para cada supuesto y que la acción ejercitada estaba fundada en la culpa extracontractual y no en la contractual.

**La culpa exclusiva del propietario del piso donde se produjo el siniestro excluye la responsabilidad por los daños derivados del consumo de bienes y utilización de productos prevista en los artículos 25, 27 y 28 LGDCU.**—El segundo motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción, por interpretación errónea de los artículos 25, 27 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, los cuales establecen los derechos a ser indemnizados por los daños derivados del consumo de bienes y utilización de productos, fijándose la responsabilidad solidaria y estableciéndose la responsabilidad objetiva de todos cuantos intervienen en el proceso de producción y distribución hasta llegar el producto al consumidor o usuario.

Toda la argumentación que ha desarrollado esta resolución, al objeto de establecer un principio de culpa en la conducta del propietario del piso donde se produjo la explosión, y el nexo causal de la misma con los resultados dañosos y de muerte producidos, descartan cualquier intervención en la conducta, en la causa y en el resultado, del simple hecho del consumo o utilización de los servicios o productos, por lo que al no haberse acreditado ni

aceptado esta última circunstancia, no puede estimarse vulnerada la ley que se invoca en este motivo, y su inaplicación lleva consigo la desestimación del mismo. (STS de 23 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un piso efectuó obras en la cocina del mismo, manipulando para ello la instalación del gas, sin que la obra se efectuara por personal autorizado y sin conocimiento de las compañías encargadas del suministro y de la conservación de las conducciones. Poco después se produjo en la vivienda una explosión causada por un escape de gas que provocó la muerte de un vecino y diversos daños materiales en las viviendas de otros. Interpuestas las correspondientes demandas por todos los damnificados contra el propietario del piso, las empresas suministradora y encargada de la conservación de la instalación de gas y la aseguradora de la primera, el Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente las demandas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, acogiendo las parcialmente y condenando al propietario del piso y a la compañía aseguradora hasta el límite de la cobertura pactada en la póliza y con carácter subsidiario. Interpuestos hasta cuatro recursos de casación, el TS declara no haber lugar a ninguno de ellos. (L. F. R. S.)

**55. Responsabilidad civil extracontractual por accidente laboral. La reclamación extrajudicial efectuada mediante telegrama interrumpe la prescripción de la acción.**—El motivo ha de ser desestimado, ya que de acuerdo a la doctrina de esta Sala, atribuye plena efectividad a la reclamación extrajudicial, practicada personalmente o por vía epistolar o telegráfica debidamente acreditada, incluso valiéndose de representante o mandatario aunque sea verbal, según se recoge en la S de 22 de septiembre de 1984 y la que en ellas se cita. Al respecto, en este caso la interrupción de la prescripción se ha debido, en primer lugar, a la reclamación telegráfica acreditada por el documento, consistente en la copia resguardo del telegrama que fue remitido a la *Compañía Construcciones Alpi, S. A.*, y, aunque el documento no pueda calificarse de un documento público de fuerza probatoria, se trata de un documento oficial de los comprendidos en el núm. 3 del artículo 596 LEC, que, sin duda alguna, prueba que en esa fecha fue expedido el mismo, y el Tribunal de instancia no erró al sostener que el mismo había interrumpido la prescripción.

**Basta la recepción del telegrama para producir la prescripción sin que sea además necesario que su contenido llegue a conocimiento efectivo del destinatario.**—El motivo ha de ser desestimado, porque de acuerdo a la sentencia citada por la parte recurrente, de 24 de diciembre de 1994, que precisamente revocó la sentencia de la Audiencia, que había estimado la prescripción de la acción; revocación que tuvo por fundamento la distinción entre el conocimiento de la reclamación, de la recepción del documento en que tal reclamación se hace (párrafo segundo del fundamento segundo de la sentencia invocada), entendiéndose que no es necesario para que se produzca el efecto receptivo de la declaración unilateral de voluntad, que el sujeto a quien va dirigida llegue efectivamente a conocer la reclamación, siendo bastante a los indicados efectos la recepción del documento en la que se hace. Siendo la recepción una cuestión de hecho, que no solamente se acredita por

la certificación de la oficina de Telégrafos, sino que puede hacerse por otras pruebas, cuya apreciación compete a los tribunales de instancia, y que en este caso han tenido los juzgadores de instancia, por acreditada esa recepción, por el hecho de no haberse devuelto el telegrama a su remitente, por consiguiente ha de ser desestimado este motivo.

**La prescripción no se funda en criterios de justicia intrínseca, sino en el principio de seguridad jurídica.**—Hay que tener en cuenta, como se recoge en la S de 30 de septiembre de 1993, que «por ser la prescripción 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 (SS de 7 de enero de 1881, 30 de septiembre de 1986, 20 de octubre de 1988, y las en ella citadas, y de 14 de octubre de 1991), 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 (*vid.* SS de 18 de septiembre de 1987 y las en ella citadas)».

**No cabe atribuir la causación del accidente a la culpa de la víctima, sino a la negligencia del trabajador, que mantenía con la empresa declarada responsable el vínculo de dependencia preciso para que ésta responda en virtud del artículo 1903 CC.**—El motivo ha de ser desestimado en cuanto que en la redacción (*sic*) de hechos probados de la sentencia de la Audiencia parece claro, desmontando las alegaciones de los demandados sobre la forma de producirse el accidente, que habían sostenido, que el capataz estaba situado en un montículo de tierra y de espaldas a la cabina de la retroexcavadora, por lo que no podía ver los movimientos de la máquina, que le alcanzó, al perder el equilibrio el demandante, y caer en el campo de acción de la retroexcavadora ya en marcha; por el contrario, entiende la sentencia recurrida que está acreditado, que el capataz: «cuando terminó de hablar con el maquinista, éste puso en marcha la retroexcavadora sin percatarse de que aquél todavía (*sic*) en su radio de acción», por lo que concluye, que no cabe atribuir el accidente al resbalón, cuando se hallaba situado en los montículos de tierra extraída, deducción a la que ha llegado el Tribunal de apelación después de un meticuloso estudio de la prueba practicada, según consta en párrafo segundo del FD 4.º de la resolución impugnada, hechos estos que no han sido desvirtuados en el recurso, y que no son tenidos en cuenta por la parte recurrente, al fundamentar el motivo al pretender achacar, a la conducta negligente del capataz y víctima del accidente, la producción del mismo, en oposición a lo mantenido en la sentencia recurrida que hace estribar el mismo en la culpa del conductor de la máquina, que después de haber tenido a su lado al capataz pone en marcha la misma sin preocuparse de que aquél se pueda encontrar en la inmediación de la misma, esto es, obrando sin la diligencia debida, y más que siendo los espejos retrovisores desmontables no los llevaba puestos la retroexcavadora, lo que le obligaba a extremar la precaución al maquinista; pues si bien al capataz le corresponde dirigir la marcha de la obra, es competencia del maquinista el manejo de la retroexcavadora, máquina que por su volumen, peso y fuerza engendra riesgo evidente.

Por otra parte, se da la dependencia directa del trabajador imprudente y la entidad recurrente, porque la relación que se da entre ésta y la propietaria de la máquina no es debida a un subcontrato de obra, sino pura y simplemente a un arrendamiento de servicio, en virtud del cual se incorpora a la máquina y a su conductor a la realización de la obra llevada a cabo por *Construcciones*

*Alpi, S. A.*, bajo su dirección y responsabilidad, que es la que lleva a efecto el dragado y limpieza del cauce del río Segura en el lugar donde se produjo el accidente, por lo que no hay duda que se da la subordinación del maquinista, exigida en el artículo 1903 CC, para llevar a efecto la indemnización que se reclama.

**La moderna doctrina jurisprudencial estima que deben abonarse los intereses moratorios de la cantidad determinada en la sentencia, aunque sea menor que la reclamada.**—El Tribunal de instancia ha seguido el criterio establecido en la S de 3 de abril de 1998, y las de fecha más antigua, que en ellas se cita, en la que se establece que para fijar los intereses moratorios «se había exigido que estuvieran predeterminadas exactamente (la cantidad) o pendientes de una simple operación aritmética según el brocardo *in illiquidis non fit mora* (así SS de 12 de julio de 1988 y 19 de mayo de 1991), pero actualmente se entiende que deben abonarse los intereses de la cantidad que determina la sentencia aunque sea menor de la reclamada (así, SS de 17 de febrero, 18 de febrero, 21 de marzo de 1994 y 7 de junio de 1994 y 1 de abril de 1997). Argumentaciones estas que se repiten en sentencias posteriores, como la de 11 de noviembre de 1999, en la que se sostiene como doctrina de esta Sala «que, atenuando el automatismo del principio *in illiquidis non fit mora*, viene declarando la procedencia de dichos intereses en aquellos supuestos, como el presente, en los que la cantidad que otorga la sentencia resultaba efectivamente debida al tiempo de requerimiento de su pago, porque los referidos intereses actúan a medio de sanción al deudor moroso, renuente al pago y la protección judicial del acreedor debe ser completa de sus derechos». Jurisprudencia que, aunque no invocada por la resolución recurrida, sirve de fundamento al fallo recurrido, por lo que procede desestimar este último motivo. (STS de 16 de enero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El trabajador de una empresa, capataz de obras, es atropellado por una máquina retroexcavadora que prestaba sus servicios para la propia empresa. El trabajador accidentado solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, demandando tanto al conductor de la máquina como a la empresa para la que trabajaban ambos, como a la empresa aseguradora de esta última. La sentencia de primera instancia los condenó a todos ellos a pagar la correspondiente indemnización, decisión que fue matizada por la Audiencia Provincial en el sentido de limitar la responsabilidad de la aseguradora a 5.000.000 de pesetas, máximo de la responsabilidad cubierta por la póliza. Recurrida en casación la sentencia por la empresa para la que trabajaba el demandante, el TS declara no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

**56. Responsabilidad civil extracontractual por accidente de un alumno en el centro docente. No es incongruente la sentencia que condena a la aseguradora de la profesora demandada absuelta y del Ministerio de Educación condenado, pues la responsabilidad civil es solidaria.**—Se denuncia esa incongruencia, porque se absolvió a la profesora codemandada por falta de culpabilidad, y que, en cambio, ésta se imputa al centro educacional y a otro profesor que no fueron demandados, por lo que inexistente esa responsabilidad e indefensión de la aseguradora, lo que se recha-

za, no sólo porque la responsabilidad que se imputa a los condenados es solidaria, sino, porque, como incluso reconoce el motivo, los citados culpables que no fueron demandados también «estaban asegurados en la póliza de responsabilidad civil», cuya cobertura del riesgo es bien expresiva al decirse en el FJ 6.º de la Sala «... el presente seguro otorga cobertura a las responsabilidades civiles de todo el personal dependiente del Ministerio de Educación y Ciencia en los centros públicos radicados tanto en el territorio español como en el extranjero de los niveles de... Bachillerato, ... y también al profesorado en sus funciones docentes, de administración y dirección y al personal no docente en las que le sean propias; por consiguiente, concurren todas las circunstancias para que prospere la acción directa y no se está en el caso contemplado por la STS de 30 de diciembre de 1995, que se citó en el acto de la vista del recurso, pues si se absolvió a la Compañía aseguradora en una acción directa fue por que la persona responsable del siniestro no estaba cubierta por el seguro de responsabilidad civil y el TS casó la sentencia de instancia por que en estas circunstancias había condenado a la aseguradora»; luego, es inexacta la indefensión alegada, ya que, desde el principio se demanda al personal docente del centro, siendo pues la absolución de la profesora demandada una eventualidad sólo acaecida *ex post* de la intervención y defensa procesal de la recurrente, además de que también fue demandado el Ministerio de Educación y Ciencia y declarado responsable por depender del mismo el referido Centro –cuya absolución por falta de personalidad jurídica no se cuestiona–, todo lo cual confluye en la inexistencia del vicio denunciado.

**La compañía aseguradora del riesgo de accidentes en un centro de enseñanza responde de los daños imputables a cualquiera de sus asegurados, aunque no haya sido demandado específicamente el responsable.**—De nuevo se viene a reproducir en sustancia la denuncia de los motivos anteriores, por cuanto se esgrime la condena indebida de la recurrente pese a haberse absuelto a la única asegurada demandada, por lo que se reitera que la transcrita cobertura de la póliza y el juego de los preceptos que se aducen confirman que, en todo caso, el alcance de esa órbita de asegurados denota que el siniestro, al haberse imputado su relación causal a los incluidos en la misma, pese a no haber sido demandados, explica el cabal juego de la cobertura aseguradora y la responsabilidad correspondiente de la recurrente, cuyo fundamento, se repite, en el caso de autos, no depende de la supuesta condena o absolución de su «única asegurada demandada», sino de aquel alcance del colectivo de subjetividad de los asegurados, al margen de que no todos sean luego demandados.

Se desestima el recurso con los demás efectos derivados.

**La fecha del siniestro, anterior a la Ley de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, determina la competencia de la Sala de lo Civil para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.**—La incompetencia reiterada por el Abogado del Estado fracasa, sin más argumentos que subrayar que la fecha del siniestro lo fue en 10 de enero de 1991, esto es, cuando aún no existía la nueva legalidad instaurada, al punto, por la Ley 26 de noviembre de 1992.

Se desestima el recurso con los demás efectos derivados. (STS de 31 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante una clase de gimnasia, un estudiante de Bachillerato se hiere gravemente en la mano derecha con unos cris-

tales que había en el suelo del gimnasio del centro educativo. Sus padres demandan al centro educativo, a la profesora responsable de la asignatura, al Ministerio de Educación y Ciencia y a la compañía aseguradora. Ambas sentencias de instancia absuelven a la profesora, sin hacer pronunciamiento respecto del centro, por carecer de personalidad jurídica, pero condenan al Ministerio de Educación y a la compañía aseguradora. Tanto ésta como el Abogado del Estado interponen sendos recursos de casación que son desestimados por el Alto Tribunal. (L. F. R. S.)

**57. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: parto con secuelas irreversibles.**—En general el médico tiene obligación de proporcionar al paciente todos los cuidados que requiere según el estado de la ciencia; esta atención individualizada exige tener presente, para la aplicación de esos cuidados, las concretas circunstancias de cada enfermo; era previsible la distocia cuando resultaba difícil la extracción del feto, siendo igualmente previsible la lesión del plexo braquial obstétrica del brazo derecho por arrancamiento de las raíces nerviosas. La sentencia de instancia declara insuficiente la atención prestada a la paciente desde la entrada en el hospital, pues le prestó, no una atención individualizada sino genérica, sin ponderar sus concretas circunstancias; también resulta negligente la forma de producirse el médico durante el parto ya en el quirófano, existiendo otros métodos por parte de la enfermera a sus órdenes que tirar y empujar en el abdomen, lo que hacía previsible cualquier desgarro en el neonato, como efectivamente se produjo.

**Resultado desproporcionado.**—Tal como exponen las SSTs de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999 y 29 de noviembre de 2002, el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana, y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual) de la doctrina francesa, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

**Prueba de presunciones.**—La sentencia recurrida no emplea la prueba de presunciones sino que parte de unos hechos acreditados por otros medios de prueba y llega a la calificación de negligencia del actuar médico, cuyo resultado es desproporcionado. Por tanto, no ha habido infracción de la normativa sobre la prueba de presunciones al no haberse ésta utilizado.

**Indemnización: objeto y cuantía.**—En la demanda no se reclama la obligación de reparar el daño causado a su hija menor de edad, en nombre y por representación legal de la misma, sino que reclama por sí misma, y en su propio nombre, lo cual no puede ser otro que el daño moral por razón del daño personal sufrido por su hija, y cuya cuantía se estima prudencial fijar en la mitad de lo que reclama. (STS de 30 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Sorprende un tanto que la sentencia extractada afirme categóricamente en el FD 4.º: *la sentencia recurrida no emplea la prueba de presunciones sino que parte de unos hechos acreditados por medios de prueba y llega a la calificación de negligencia del*

*actuar médico, cuyo resultado es desproporcionado.* Se trata de uno de los equívocos más frecuentes en este socorrido y peligroso campo de la culpa médica (así, Mónica Navarro Michel, «Sobre la aplicación de la regla “res ipsa loquitur” en el ámbito sanitario», *ADC*, 2003, pp. 1207 ss.), ya que en la doctrina estadounidense suele afirmarse que por efecto de aplicación de dicha regla se produce una presunción judicial reforzada. De aquí que en este caso sería prudente concluir que la invocación de esta doctrina por la Sala 1ª vendría a ser mero *obiter*. Así, debe reputarse demostrada por otros medios de prueba la mala práctica del profesional médico. En mi opinión, debiera evitarse que la invocación de aquella regla, ajena – no lo olvidemos– a nuestro ordenamiento, se convierta, sin más, en un mero *comodín* o *remedio-para-todo* de la doctrina jurisprudencial. Por otra parte la interpretación que la sentencia hace del *petitum* (en el Antecedente de hecho 1.º se dice simplemente *obligación de indemnizar por las secuelas referidas*), deja abierta a una futura reclamación por parte de la víctima por consecuencia de una responsabilidad directa derivada de la negligencia profesional médica. (G. G. C.)

**58. Culpa extracontractual: responsabilidad civil médica: intervención quirúrgica de hemorroides con secuela definitiva de incontinencia anal parcial: resultado desproporcionado.**—El actor fue intervenido quirúrgicamente de unas hemorroides sangrantes y fisura anal, que le han dejado como secuela definitiva una incontinencia anal parcial; la absolución del demandado en ambas instancias debe revocarse y sustituirse por la condena del médico, que deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del actor, según doctrina consagrada por SSTs de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999 y 30 de enero de 2003. La última sentencia declara que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que responde a la regla anglosajona *res ipsa loquitur*, a la alemana *Anscheinbeweis* y a la francesa de la *faute virtuelle*, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. Esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado; a no ser que el médico pruebe que tal daño no deriva de su actuación.

**Ley de protección de consumidores.**—A lo anterior debe sumarse, a mayor abundamiento, la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por los servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley de 19 de julio de 1984, reiterada en SSTs de 1 y 27 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, según la cual si el demandante es consumidor y ha utilizado unos servicios entre los que se incluyen los sanitarios, la producción de un daño genera la responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII de la citada ley, artículos 25 y siguientes.

**Cuantía de la indemnización.**—Debe determinarse con un criterio discrecional, no estimándose correcta la reclamada de 55 millones, reduciéndose a la de 120.000 euros. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La demanda fue rechazada en ambas instancias, pero se estimó el recurso de casación con base en los razonamientos de la sentencia extractada (Ponente: O'Callaghan Muñoz), habiéndose formulado voto particular por el Magistrado Sr. Marín Castán. Hechas todas las salvedades sobre las diferencias sustanciales que separan nuestro sistema jurídico del de la *common law*, cabe preguntarse si este bien fundamentado voto disidente preanunciará un giro en la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª sobre el daño desproporcionado en materia sanitaria (se trataría de un caso de *Anticipatory overruling*, sobre la cual cfr. Mattei «*Stare decisis*» en *los Estados Unidos*, en el vol. colec. Atlas de Derecho Privado comparado [coord. F. Galgano, trad. esp. Fernández Santos y Verdara Servet] Madrid 2000, pp. 57 ss.). Dicho voto particular comparte los antecedentes de hecho (con algunas matizaciones), pero no los fundamentos de derecho (salvo el primer párrafo del primero), y tampoco el fallo que, a juicio del Magistrado disidente, debiera ser desestimatorio del recurso. La argumentación, en síntesis, es la siguiente: a) Aunque algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 LGDCU como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, la jurisprudencia rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico o del cirujano. b) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1902 CC es difícil de justificar, porque esa aplicación acumulada equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es, al mismo tiempo, objetiva y subjetiva. c) Es más que dudoso que la expresión *servicios sanitarios* del artículo 28 citado comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e, incluso, que de considerarse incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse, sin más, de objetiva, porque si el apartado 2, que es el que se refiere a tales servicios, se pone en relación con el apartado 1, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la *garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación*, como los *controles de calidad*, naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos. Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce a una consecuencia tan indeseable e injustificable, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención. d) En cuanto a la doctrina jurisprudencial del *resultado desproporcionado*, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exige al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que no pueda calificarse de *resultado desproporcionado el daño indeseado e insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada*. Pero, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo

causal, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que constituye la clave del juicio de responsabilidad.

Debe advertirse que la sentencia extractada menciona la LGDCU de 1984, *a mayor abundamiento*, lo que evidencia que no se trata aquí de la *ratio decidendi*. Tampoco constituyó motivo decisorio su invocación por la STS de 29 de noviembre de 2002, en la que no era aplicable dicha ley al caso por razón de la fecha (v. anotación mía en este *ADC*, aprobando, por lo demás, la aplicación de la doctrina sobre el daño desproporcionado). En relación con esta última doctrina parece razonable la opinión de Mónica Navarro Michel, «Sobre la aplicación de la regla “res ipsa loquitur” en el ámbito sanitario», *ADC*, 2003, p. 1217: No se puede elevar a categoría de regla general lo que no es más que una aplicación a circunstancias concretas del sentido común; en realidad no añade nada al panorama jurídico, pero por su formulación conveniente y concisa, da la impresión de que estamos ante una regla de Derecho sustantivo, cuando se trata de un mecanismo que ayuda a fijar los hechos ocurridos en la realidad. Si cabe alguna conclusión –añado por mi cuenta– sería: ¡Desmitifiquémosla! (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**59. Acción reivindicatoria: requisitos para su ejercicio.**—Debe probarse el título de la parte demandante, la clara identificación del objeto reivindicado y la ausencia de título en el poseedor demandado (o bien la inferioridad del título del demandado en relación con el título del demandante). (**STS de 24 de enero de 2003**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Habiendo sido ejercitadas conjuntamente por el demandante las acciones de deslinde y rectificación registral, fueron desestimadas en ambas instancias. En casación no hubo lugar. El TS declaró que la pretensión de deslinde ocultaba una verdadera acción reivindicatoria. (*C. J. D.*)

**60. Acción reivindicatoria: valor de la prueba de la confesión.**—El ejercicio de la acción reivindicatoria requiere que el demandante pruebe su dominio del bien reivindicado. La prueba de confesión ha de ser valorada conjuntamente con las demás, y no se le atribuye un valor superior o preferente frente a otros medios de prueba.

**Registro de la Propiedad: principio de exactitud registral.**—Lo publicado en el Registro de la Propiedad tiene a su favor el principio de exactitud. No obstante, debe prevalecer la realidad extrarregistral si queda acreditada la falta de adecuación entre ésta y lo publicado en el Registro de la Propiedad.

**Costas procesales y recurso de casación.**—En cuestión de costas procesales, corresponde al Tribunal *a quo* la valoración de la concurrencia de circunstancias que excepcionalmente justifiquen dejar de aplicar el criterio legal del vencimiento objetivo, sin que esta valoración sea susceptible de revisión en casación cuando el TS desestima el recurso. (**STS de 7 de febrero de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formuló demanda solicitando la declaración de la nulidad de un contrato de compraventa y de la consiguiente inscripción registral, alegando que parte de la finca vendida pertenecía a dueño distinto del vendedor, en proindiviso, y era además objeto de usufructo. En ambas instancias se desestimó la demanda y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

**61. Propiedad horizontal. Realización de obras en elemento común sin autorización de la Junta. No legítima para la realización de obras la autorización dada con infracción de lo preceptuado en la Ley, cuando además el acuerdo en que se reflejó fue anulado en una Junta posterior.**—La apertura de la puerta en la fachada del edificio no fue autorizada por unanimidad por la Junta de Propietarios y de forma legalmente autorizada. Por el contrario, se adoptó en el apartado de «ruegos y preguntas», porque no figuraba en el orden del día. Hubo oposición de un propietario y, por tanto, no existió tampoco la unanimidad precisa para tomar dicho acuerdo. En Junta celebrada un mes y medio después se acordó no aprobar el acta de la Junta precedente, y se negó por unanimidad la autorización al demandado para la obra pretendida, ordenándosele dejar el inmueble en el mismo estado. Por consiguiente, el recurrente carece de justificación, pues el acuerdo en que pretende apoyarse no existió.

**Abuso del derecho. Inexistencia de abuso cuando se ejercita el derecho en defensa de un interés serio y legítimo.**—Es plenamente legítimo y serio, y en ningún modo excesivo o anormal, el interés de los demandantes recurridos como propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en oponerse a que se alteren los elementos comunes de un edificio, así como abrir huecos en un elemento común. A lo cual ha de añadirse que los demandantes son propietarios de un apartamento que se encuentra encima de la puerta que se ha abierto y que sufren los ruidos y molestias de la salida de personas. Difícil es apreciar la existencia del ejercicio abusivo de un derecho, cuando el mismo se ampara en un precepto estatutario que legitima, en este caso, a una comunidad de propietarios para usar de una facultad con validez y eficacia jurídica.

**Buena fe en el ejercicio de los derechos. La buena fe es de libre apreciación por los Tribunales.**—En cuanto a la buena fe, se trata de un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos y de libre apreciación por los Tribunales, que tendrán en cuenta los hechos y circunstancias que aparezcan probados; debiendo presumirse la buena fe en tanto no sea declarada la mala fe por los Tribunales. (STS de 6 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, propietarios de un apartamento en régimen de propiedad horizontal, demandaron a la comunidad y a otro propietario por las obras realizadas por este último en una zona ajardinada de carácter común, consistente en la apertura de una puerta de salida desde el local del demandado a la vía pública. El copropietario demandado alegó la concesión de autorización por la Junta de Propietario, del inmueble. Si bien, dicho acuerdo amén de no haberse adoptado de conformidad con las exigencias legales, fue dejado sin efecto por unanimidad en otra Junta celebrada poco después. Igualmente el demandado opuso el ejercicio abusivo y de

mala fe del derecho de los litigantes, dado el tiempo transcurrido. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso de apelación de los actores y, con revocación de la sentencia de instancia, estimó íntegramente la demanda planteada. El TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el copropietario demandado. (*L. A. G. D.*)

**62. Propiedad intelectual. Ilicitud de la utilización por un periódico de las fotografías cedidas en el ámbito de una relación comercial o profesional ya extinguida.**—El contrato que ligaba a las partes litigantes es de colaboración, conocido en el argot periodístico de «a la pieza» en el que, de las fotografías ofertadas únicamente se incorporan al periódico las que son aceptadas y publicadas, previo el pago del precio convenido. Las demás, aunque estén en conserva en los archivos, no forman parte de la obra colectiva, en cuanto no han sido utilizadas por la empresa editora y por consiguiente no han sido pagadas. Y si después de concluido el contrato se publican, sin la autorización del fotógrafo, se lesiona por aquélla los derechos económicos del ahora recurrente, perjuicio que no puede ser justificado por lo dispuesto en el párrafo último del artículo 8 LPI, en cuanto que esas fotografías, publicadas después de la extinción del contrato, no han sido hechas durante la vigencia del mismo, ni se ha satisfecho su precio. Por lo que su publicación se ha hecho contra los derechos del actor que le otorga el artículo 118 LPI.

**Protección de las «meras fotografías». Derecho exclusivo del autor a autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública.**—La protección de las «meras fotografías», en cuanto que lo cedido en su día a la editorial eran simples fotografías destinadas a complementar las noticias o reportajes del periódico, exigiéndose para ello que se acomode al contenido del texto y una normal calidad técnica, sin otras pretensiones que no son necesarias para la finalidad del periódico. Por lo que el recurrente, como autor de las calificadas como meras fotografías, tiene el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos que los reconocidos en la ley especial a los autores de obras fotográficas. Derechos que han sido conculcados al publicar las fotografías después de concluido el contrato, y que da lugar a la correspondiente indemnización.

**Improcedencia del reconocimiento de derechos morales al autor de «meras fotografías». Derechos de orden exclusivamente patrimonial.**—No hay violación de los núms. 3 y 4 del artículo 14 LPI, ya que se refieren a derechos de los conocidos como morales, que se reconocen al autor de una «obra fotográfica», pero no a los de «meras fotografías», que exclusivamente se refieren a derechos de orden patrimonial, según se deduce de la literalidad del texto del artículo 118 LPI; derechos de los que disfrutaban los fotógrafos en los mismos términos reconocidos en la ley a los autores de obras fotográficas. (**STS de 31 de diciembre de 2002**; ha lugar.)

**HECHOS.**—El actor, autor material de las fotografías, demanda a la empresa editora del periódico con el que había mantenido un contrato de colaboración «a la pieza» durante varios años hasta su resolución con abono al actor de las cantidades correspondientes y de una indemnización. Con posterioridad a la extinción del contra-

to, el periódico siguió publicando fotos realizadas por su antiguo colaborador, sin consentimiento de éste y sin abonarle cantidad alguna. El fotógrafo demanda pidiendo el pago de las cantidades correspondientes a cada fotografía, así como otra cantidad en concepto de indemnización por daños morales. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a la editora al pago sólo de la cantidad relativa a emolumentos. La Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación de los demandados y, revocando la sentencia de instancia, desestimó íntegramente la demanda planteada. El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por el actor. (L. A. G. D.)

**63. Propiedad intelectual. Productor fonográfico.**—La desestimación de los pedimentos relativos al abono de los *royalties* e indemnización de daños y perjuicios causados por las ventas y licencias efectuadas por los demandados, se apoya en un previo contrato de 7 de julio de 1969, por el que el demandado adquiere la propiedad total de las grabaciones que sean efectuadas en virtud del propio contrato por el demandante, gozando de pleno derecho a fabricar, difundir y vender los discos y reproducir los originales, pudiendo vender o arrendar tales derechos, así como las matrices, discos, cintas o bandas impresionadas, incluso para ser lanzadas al mercado por otras firmas, siempre que se respeten los derechos del artista. Por estos últimos deben entenderse aquellos que le corresponden como intérprete y no sólo los estrictos y propios del derecho de autor, y en la propia forma y contenido que se delimitan en el contrato.

Ahora bien, la parte demandante conservaría sus derechos de intérprete aún más allá de la vigencia del contrato, pues los derechos de reproducción no pueden entenderse extinguidos ni concedidos, más allá de lo establecido en el propio contrato, sin que quepa hablar del derecho de arrepentimiento, pues no se trata de retracción durante la concesión temporal, sino pasada la vigencia de la concesión, no cabiendo concebir la concesión de esos derechos de explotación de la obra del intérprete a perpetuidad.

Asimismo, con respecto a la posible infracción de los artículos 114 y 115 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la sentencia recurrida establece: «sin que el demandante haya probado esa condición de productor fonográfico, distinta de la condición de productor artístico, en cuanto persona que bajo su iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la fijación sonora».

Conforme al contrato de 1 de julio de 1969, la sociedad adquiere la propiedad total de las grabaciones que sean efectuadas, gozando, en consecuencia, de pleno derecho a fabricar, difundir y vender los discos, reproducir y vender los discos, reproducir los originales por todos los medios de difusión de sonido, inventados o que se inventen, así como hacerlos escuchar en público, en la radio o en la televisión. Por tanto, el demandante no asume la condición de productor fonográfico, sino la de productor artístico que no ostenta ningún derecho de propiedad intelectual sobre el fonograma, derecho que corresponde en todo caso al primero. (STS de 26 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se sigue juicio ordinario declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid, sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad. Admitida a trámite la demanda, se dictó sentencia en fecha 3 de julio de 1995, estimando parcialmente la misma y condenando a los demandados a retirar del mercado todos los soportes fonográficos que contuviesen interpretaciones del demandante, así como a devolver las matrices y soportes originales de las mismas. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto con fecha 10 de febrero de 1997, por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la sentencia dictada en primera instancia y disponiendo la total absolución de los demandados. Finalmente, se presenta recurso de casación por el demandante, al amparo de los apartados 4.º y 5.º del artículo 1692 LEC, por infracción de los artículos 1203, 1204 y 1276 CC; 114 y 115 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y por la violación, asimismo, de diversas sentencias del TS aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. (J. L. B.)

**64. Propiedad intelectual. Legitimación activa de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEFI), para demandar por la gestión de los derechos *in genere* que constituye el objeto de su actividad.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que, interpretando el artículo 135 LPI, declara que los derechos confiados de gestión que refiere para hacerlos valer las entidades de gestión autorizadas en toda clase de procedimientos judiciales o administrativos comprende aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye el objeto de su actividad, de acuerdo con los estatutos que las rigen y no los concretos derechos individuales, en virtud de contratos con los titulares o acuerdos con otras organizaciones en idéntica finalidad y de este modo la SGAE está asistida de legitimación necesaria para poder defender en juicio los derechos a que se extiende su actividad (cfr. SSTs de 29 de octubre de 1999 y de 24 de septiembre de 2002).

**Suficiencia de la autorización expedida por el Ministerio de Cultura para acreditar la personalidad con la que se litiga.**—A la entidad gestora de derechos le basta, para la defensa judicial de los derechos discutidos en el litigio, con la aportación de la correspondiente autorización del Ministerio de Cultura a que se refieren los artículos 132 y 133 LPI, con lo que se cumplen las exigencias del artículo 503.2 LEC.

**Obligación de pago de derechos de autor por la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles.**—Si bien en la STS de 24 de septiembre de 2002 se excluyó de la obligación del pago de los derechos de autor la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles con apoyo en la STC de 17 de enero de 2002, que declaró inconstitucional el artículo 357 de la LECr, que vino a considerar las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales, ha de tenerse en cuenta el ámbito estrictamente penal a que se contrae dicha resolución constitucional que en nada altera el carácter de servicio prestado a sus clientes por los establecimientos hoteleros al instalar en sus habitaciones aparatos televisores, servicio que lógicamente repercute en el

precio de las estancias en esas habitaciones, siendo el beneficio que reporta a la empresa hotelera la prestación de ese servicio individualizado el que justifica la exigencia de los derechos que ahora se reclaman. Por ello no procede seguir manteniendo el criterio sustentado en la STS de 24 de septiembre de 2002. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La S.G.A.E. demandó a la mercantil *Extur G. C., S. L.*, solicitando se declarara que la demandada comunicaba públicamente en su establecimiento hotelero una serie de obras y fonogramas sin la preceptiva autorización; pidiendo asimismo se le condenase a la cesación de la comunicación y al abono de las tarifas dejadas de percibir. La parte demandada alegó la falta de legitimación de la actora, al estimar que no tenía la cesión de los concretos derechos individuales de los artistas y creadores cuyas obras eran objeto de comunicación. El Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé dio lugar a la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia. El TS dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (L. A. G. D.)

**65. Finalidad exclusiva de la tercería de dominio.**—La tercería de dominio no tiene por finalidad declarar la titularidad del bien, sino evitar la ejecución de los bienes.

**Compraventa de finca hipotecada.**—La adquisición de la propiedad posterior a la constitución de hipoteca no afecta a la sujeción del bien a la garantía real, quedando sujeta la propiedad a los avatares de la misma. (STS de 19 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El adquirente de un inmueble hipotecado ejercitó una tercería de dominio a fin de evitar la ejecución de la garantía. En ambas instancias se desestimó la tercería y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

**66. Crédito hipotecario. Transmisión de la finca hipoteca hecha por el deudor a terceros.**—El artículo 1876 CC atribuye al acreedor hipotecario un poder directo de realización del objeto para la satisfacción del crédito que garantiza; establece el efecto *erga omnes* que tiene la hipoteca pues cualquiera que sea el poseedor del objeto está sujeto al *ius distrahendi* del acreedor; y determina el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito para cuya seguridad fue constituida. Conforme a esta naturaleza de la hipoteca, no afectan a su vigencia las vicisitudes que ocurran en las titularidades del crédito o del patrimonio, en concreto, los bienes hipotecados se encuentran sujetos al cumplimiento de las obligaciones garantizadas con independencia de quienes sean sus actuales propietarios y de los problemas que estos puedan tener con las personas que se los transmitieron.

**Enriquecimiento injusto. Requisitos.**—Conforme a lo establecido en las SSTs de 23 de marzo de 1966, 20 de mayo, 30 de septiembre y 4 de junio de 1993 y 13 de octubre de 1995, son requisitos para que prospere una acción de enriquecimiento: a) el enriquecimiento del demandado; b) el correlativo empobrecimiento del deudor; c) la falta de causa justificativa del enriquecimiento. (STS de 30 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 22 de octubre de 1981 la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja* otorga un préstamo hipotecario a favor de A y B. La garantía hipotecaria se constituye sobre las viviendas del edificio que se va a construir. Con fecha 23 de mayo de 1983, los deudores hipotecarios otorgan escritura pública de venta de tres de las viviendas construidas a favor de C y D, E y F, y G y H respectivamente. Los adquirentes pagan el importe completo de la carga hipotecaria que grava cada una de las viviendas pero los vendedores (A y B) no emplean el dinero recibido en la cancelación de las hipotecas. Ante la falta de pago del préstamo hipotecario, la *Caja de Ahorros* interpone procedimiento al amparo del artículo 131 LH. Los adquirentes de las viviendas, al tener conocimiento del procedimiento solicitan a la *Caja de Ahorros* la subrogación en el préstamo hasta la responsabilidad cubierta por la hipoteca, abonando las cantidades atrasadas y asumen voluntariamente el pago de los intereses y amortizaciones que se devengan posteriormente.

C, D, E, F, G y H presentan demanda contra la *Caja de Ahorros* y solicitan que dicha entidad restituya la totalidad de las cantidades recibidas como consecuencia de enriquecimiento injusto, que se abstenga de reclamar ninguna otra cantidad y que proceda a la cancelación de las inscripciones registrales.

En primera instancia se desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada y condena a la *Caja de Ahorros* a la restitución de la totalidad de las sumas entregadas por los demandantes recurrentes. La *Caja de Ahorros* presenta recurso de casación contra esta sentencia. El TS casa la sentencia recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (L. S. M. P.)

**67. Nulidad radical de negocio de emisión de obligaciones hipotecarias por simulación absoluta. Negocio jurídico llevado a cabo sólo formalmente, con el fin de defraudar los derechos de los acreedores de los otorgantes.**—La emisión de las obligaciones hipotecarias catorce días antes de haber conocido la declaración del Banco sobre el vencimiento anticipado del préstamo, la posterior inmovilización de aquéllas, con la constitución de hipoteca sobre la participación indivisa de los emitentes sobre los bienes que resultarían afectados por la ejecución, viene a significar que la emisión de esas obligaciones obedecía a una causa ilícita en el sentido expresado en el artículo 1275 CC, pues tal emisión no hacía, bajo su apariencia formal, más que constituir una línea defensiva que protegía, con preferencia, frente a futuras ejecuciones derivadas de otros créditos. Y así, bajo la apariencia de una emisión de obligaciones hipotecarias, en realidad no se quiso dar vida a tal negocio, pues se dejó inmóvil, carente de vida, cuanto era la transmisión de las obligaciones, de tal manera que ese acuerdo en la emisión era simulatorio entre las partes, y se pretendía con su exterioridad engañosa, mediante una declaración que carecía de sentido volitivo, la fraudulencia frente a terceros extraños al acto, que habrían de detenerse en la ejecución de sus créditos frente a la apariencia formal que protegía los bienes de los emisores de los títulos, operándose así una simulación que es, por tanto, un vicio de la causa,

con la consiguiente nulidad radical o inexistencia del negocio jurídico de emisión de las cédulas hipotecarias.

**Principio de fe pública registral. Protección del tercero de buena fe. Inaplicación del artículo 34 LH al caso en que ni consta que hubiera transmisión o adquisición conforme al Registro de la Propiedad, ni siquiera la existencia de terceros afectados.**—La vulneración del artículo 34 LH no puede conducir a buen fin, puesto que los posibles terceros adquirentes de las obligaciones hipotecarias no constan, resultando probado que las obligaciones hipotecarias no llegaron a circular. Y en cuanto a la sociedad adquirente, ha resultado ser una sociedad fantasma, sin domicilio conocido ni actividad alguna, a la que en definitiva no le fueron entregadas las obligaciones, y que tampoco realizó contraprestación alguna, y no ha comparecido en el pleito. Sin que, por otra parte, hayan aparecido otros tenedores de obligaciones, ni terceros de buena fe ajenos al pleito que resulten afectados por el contenido de la sentencia recurrida.

**Litisconsorcio pasivo necesario. Improcedencia del llamamiento a juicio de las esposas de los demandados cuando se trata de impugnar operaciones relativas a bienes privativos de los maridos.**—La doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario no se infringe por no llamar al proceso a las respectivas esposas de los demandados pues, pese a la existencia de la sociedad de gananciales, consta en la escritura pública de emisión de las obligaciones hipotecarias que los bienes sobre los que pesa la carga real, son bienes privativos de los demandados, adquiridos por título de herencia, de manera que no es exigible el consentimiento de los cónyuges para su gravamen o enajenación. (STS de 27 de enero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Banco acreedor demanda a los avalistas solidarios de un préstamo concedido por el primero, solicitando la declaración de nulidad radical por simulación absoluta de la escritura pública de emisión de obligaciones hipotecarias, así como de los títulos emitidos con base en la misma y la cancelación de todas las inscripciones registrales a que hubiera dado lugar aquella operación. El fundamento de la petición se encuentra en que el negocio impugnado se llevó a cabo por los demandados como medio de eludir su responsabilidad frente a la entidad acreedora, quince días después de conocer la declaración del Banco sobre el vencimiento anticipado de la deuda y pocos meses antes de interponerse la correspondiente demanda ejecutiva; sin que conste el curso transmisivo de las referidas obligaciones, ni aun su existencia. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Zamora desestimó el recurso de apelación presentado por los demandados y confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación planteado. (L. A. G. D.)

## DERECHO DE FAMILIA

**68. Capitulaciones matrimoniales. Eficacia frente a terceros: requiere su inscripción en el Registro Civil.**—Afirma el TS que las capitulaciones matrimoniales son válidas y eficaces para los cónyuges desde el

momento de su otorgamiento. Ahora bien, las capitulaciones matrimoniales serán inoponibles frente a los terceros hasta que no sean anotadas en el Registro Civil (conforme a los arts. 77 LRC y 12.4 de la Ley catalana 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges). (STS de 5 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. M. M. y don P. G. E. otorgan capitulaciones matrimoniales el 16 de mayo de 1967, aunque no constan anotadas en la inscripción del matrimonio en el Registro civil hasta el 1 de febrero de 1995.

La *Cámara arrocera de Amposta, Sociedad Cooperativa Catalana y Sección de Crédito de Responsabilidad Limitada* obtiene su derecho sobre los bienes embargados en virtud de una sentencia de 5 de marzo de 1993.

Doña I. M. M. interpone demanda de tercería de dominio contra don P. G. E. y la *Cámara arrocera de Amposta, Sociedad Cooperativa Catalana y Sección de Crédito de Responsabilidad Limitada*, en la que solicita se dicte sentencia en la que se declare, entre otras cosas, que los bienes descritos en la demanda son propiedad de la demandante (conforme a las capitulaciones matrimoniales de 1967), así como que se ordene el levantamiento del embargo trabado sobre dichos bienes.

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

**69. Sociedad de gananciales: liquidación: presunción de ganancialidad: doctrina general.**—La presunción de ganancialidad se halla contenida en el artículo 1361 CC, que implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba, y así el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales, no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume, y el que alegue lo contrario es quien tiene que probarlo. La jurisprudencia ha aplicado con frecuencia esta norma y ha mantenido el carácter ganancial de bienes por falta de prueba de que sean privativos (SSTS de 3 de diciembre de 1985, 10 de noviembre de 1986 y 30 de septiembre de 1989); ha destacado la necesidad de que se pacte una prueba suficiente, satisfactoria y concluyente de que el bien es privativo (SSTS de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 10 de marzo y 29 de septiembre de 1997). La STS de 24 de febrero de 2000 resume esta doctrina en los siguientes términos: «Es cierto que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida [...] pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trata [...] y que, en consecuencia, si la sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema a resolver en casación consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas; segundo, si en la

valoración de éstas se ha vulnerado, o no, alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba; y tercero, si descartada la infracción de esta clase de reglas, las pruebas valoradas por el Tribunal de instancia tienen la fuerza suficiente para considerar desvirtuada la presunción de ganancialidad». En el presente caso la Audiencia Provincial declara que no existen pruebas que sirvan para destruir la presunción de ganancialidad, y en el momento de otorgarse la escritura de adquisición, verificada constante matrimonio, ninguna reserva se hizo por el demandado sobre el carácter del bien adquirido. (STS de 26 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Se reitera la doctrina de la STS de 24 de febrero de 2000, en lo que puede verse un laudable propósito *pedagógico* sobre el modo de desvirtuar en el proceso la eficacia de la presunción del artículo 1361 CC (Pte.: O'Callaghan Muñoz). Por lo demás se trata de un tema clásico, dentro de la sociedad de gananciales, en la doctrina y jurisprudencia (cfr. el excelente comentario exegético de Peña y Bernaldo de Quirós, en *Com. Min. Justicia*, II, pp. 679 ss.; también amplio tratamiento histórico en Castán Tobeñas *Derecho civil español, común y foral*, v. 1.º, 12.ª ed. a cargo de García Cantero y Castán Vázquez, Madrid 1994, pp. 434 ss.). La sentencia es plenamente de aprobar. (G. G. C.)

**70. Sociedad de gananciales: consentimiento uxorio: requisitos formales de la sentencia: declaración de hechos probados: derecho transitorio.**—La sentencia recurrida impugnada por no contener declaración de hechos probados se dictó antes de entrar en vigor la LEC 2000, por lo cual resulta aplicable la doctrina contenida en STS de 2 de septiembre de 2002, sin perjuicio de que, además, tal impugnación carece de base fáctica porque en el FD 2.º de la sentencia *a quo* se explicitan suficientemente los hechos que se han declarado probados y acreditados en la instancia.

**Venta de inmuebles gananciales: consentimiento uxorio: doctrina general sobre el consentimiento tácito o presunto.**—Es doctrina de esta Sala que el consentimiento de la mujer para la venta puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes (SSTS de 8 de noviembre y 6 de diciembre de 1983), valiendo incluso su pasividad, la no oposición de la mujer a la enajenación, conociendo la misma (STS de 8 de diciembre de 1986), e, incluso, el silencio, puede ser revelador de consentimiento (SSTS de 16 de abril de 1985 y 6 de octubre de 1988). Tal doctrina se reitera en la más moderna jurisprudencia; así las SSTS de 5 de julio de 1994 y 24 de mayo de 1995 declaran que en el caso de venta de un inmueble ganancial, el asentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, incluso posterior al negocio y también ser inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la ausencia de fraude o perjuicio. (STS de 29 de enero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Se declara probado que mientras el matrimonio no entró en crisis la mujer asentía tácitamente a todas las enajenaciones de inmuebles gananciales concertadas por el marido, y cuando el contrato se elevaba a escritura pública no ponía obstáculos a comparecer ante notario para firmar la escritura de venta; pero al

surgir desavenencias y separarse el matrimonio, la mujer se negó a prestar su asentimiento. Desde 1980 a 1991 la sociedad de gananciales había enajenado diversas fincas a la misma sociedad compradora, y el procedimiento fue siempre el mismo: enajenación por el marido y asentimiento tácito de la mujer; en el presente caso se había producido un prolongado retraso en el otorgamiento de la escritura pública, en cuyo interregno la mujer cambia de opinión, lo que no se ha aceptado en ninguna de las instancias, rechazándose el recurso de casación.

En términos generales cabe decir que se ha confirmado el riesgo de degradación del requisito legal de la disposición conjunta que denuncié anteriormente (cfr. García Cantero en Castán Tobeñas, v. 1.º, 1994, p. 514) pues la doctrina extractada está ya claramente consolidada en lo relativo al consentimiento tácito y presunto, y hasta el mero silencio, por parte del otro cónyuge. En tal sentido no cabe registrar novedad alguna. (*G. G. C.*)

**71. Sociedad de gananciales: bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. Presunción de ganancialidad.**—Se tiene por acreditado en las sentencias de instancia que el matrimonio formado por doña M. y don R. (de nacionalidad alemana, pero cuyo derecho nacional no se ha invocado para que sea aplicable) estaban casados bajo el régimen de gananciales, y que constante matrimonio, por escritura pública otorgada en 1950, adquirió el marido la casa y huerta circundante, y aunque se desconoce si se adquirieron a costa del caudal común, debe entenderse que son gananciales por aplicación de la presunción de ganancialidad, no siendo de apreciar en este momento procesal ningún elemento que la desvirtúe, y para no dejar imprejuzgada la cuestión se aplica dicha presunción contenida en el derogado artículo 1407 CC y actualmente en el artículo 1361 CC.

**Disolución por muerte: marido bínubo que dona inmuebles antes de liquidar la anterior sociedad de gananciales: comunidad postganancial: disposición a título gratuito.**—En el caso de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, como ha declarado la STS de 8 de marzo de 1965, el patrimonio de la sociedad de gananciales queda en situación de comunidad ordinaria, siendo titulares de la misma el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, poniéndose todos los bienes integrantes de la comunidad ganancial en estado de liquidación, y mientras ésta no se efectúe, los actos dispositivos sobre bienes concretos o singulares han de hacerse por todos los interesados, resultando evidente la aplicación de los artículos 397 y 399 CC, de modo que la enajenación no puede realizarse sin consentimiento de todos los comuneros, y más cuando se realiza a título gratuito (STS de 24 junio de 1997). En este caso los bienes en litigio afectan a la liquidación de dos sociedades de gananciales, correspondientes a dos matrimonios sucesivos de don R., ninguna de las cuales han sido liquidadas previamente a la donación. (STS de 23 de enero de 2003; ha lugar.) (*G. G. C.*)

**72. Filiación no matrimonial: negativa del demandado a realizar las pruebas biológicas: doctrina constitucional.**—La STC de 31 de mayo de 1999, tomando como principal punto de partida su sentencia de 1994, pero en términos si cabe más contundentes, hace en su FD 2.º la siguiente síntesis: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de

la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 CC que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE [...] autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio. Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañan un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado. Por su parte la STC 7/1994 ha declarado que las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes en litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte debe contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que, en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorio» pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE.

**Doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas.**—Son ya innumerables las sentencias de esta Sala que, sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial *-ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad—, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado para la práctica de la prueba biológica y la omisión de advertencia por el órgano jurisdiccional acerca de las consecuencias de su negativa a colaborar, declara la plena regularidad de la citación por cédula, y también por medio del Procurador del demandado, así como la irrelevancia de omitir aquella advertencia, pues ésta es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del demandado. Se ha declarado así en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, y en tal supuesto nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

**Negativa tácita unida a relaciones de amistad al tiempo de la concepción.**—En el presente caso, las negativas tácitas a la práctica de tales pruebas hematológicas, unida a la relación de amistad entre la demandante y el demandado, constante en el momento de la concepción del hijo, lleva ineludiblemente a esta Sala a declarar la paternidad pretendida. (STS de 19 de diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Las sentencias de instancia no eran coincidentes, y la sentencia extractada (Pte.: Sierra y Gil de la Cuesta) confirma la del Juzgado de Primera Instancia, estimando el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. En el presente caso el énfasis se ha puesto en recordar *ad nauseam* la doctrina constitucional y del TS sobre la negativa del demandado a someterse a la práctica de las pruebas biológicas; en cambio se dice muy poco de las otras pruebas indiciarias que completan la conducta obstruccionista del demandado y sirven a la Sala 1.<sup>a</sup> para estimar el recurso. Aludir a meras *relaciones de amistad* al tiempo de la concepción parece, en buena medida, insuficiente ya que, normalmente, tales relaciones no son exclusivas lo que obligaría a afrontar la *exceptio plurium* (habría que añadir por ejemplo: relaciones amistosas rotas repentinamente al conocer el demandado que la mujer había quedado embarazada, o relaciones amistosas que se enfriaron precisamente a partir de dicho momento; indicar asimismo la duración de aquellas, y si hubo convivencia efectiva, etc.) (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**73. Determinación de la sujeción al Derecho civil común o foral.**—Se realiza en función de la vecindad civil, que se adquiere por residencia continuada durante los períodos determinados en la ley. En caso de duda prevalecerá la que corresponda por el lugar de nacimiento.

**Igualdad de los hijos ante la ley: artículo 39 CE.**—El citado precepto constitucional impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación. Por ello, con posterioridad al texto fundamental se han eliminado en el Código civil y en las Compilaciones Forales las diferencias que existían en la legislación civil entre los hijos por razón de su origen.

**Ley aplicable a la sucesión. Casos de fallecimiento anterior a la Constitución.**—Es la nacional del causante en el momento de su fallecimiento cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren. La regla sigue siendo la misma si el fallecimiento tiene lugar con anterioridad a la Constitución aun cuando la aplicación de la ley vigente en ese momento suponga una discriminación de los hijos naturales. El TS basa dicha decisión en la irretroactividad de las leyes salvo que en ellas se disponga lo contrario (arts. 2.3 CC y 9 CE) y en jurisprudencia anterior representada por las SSTs de 17 de marzo de 1995, 6 de noviembre de 1998 y 27 de septiembre de 2000.

**Derecho civil catalán. Sucesión intestada: posición de los hijos no matrimoniales.**—El régimen de la sucesión intestada en cuanto a los hijos no matrimoniales ha cambiado en el Derecho Civil de Cataluña.

La ley 40/1960, de 21 de julio, sobre la compilación del Derecho civil especial de Cataluña, aplicada por el TS en la sentencia reseñada por ser la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante, establecía un régimen distinto en función del progenitor fallecido: siendo la madre, la equiparación con los llamados por esta legislación «hijos legítimos» era plena, mientras que siendo el padre el fallecido *ab intestato* los denominados «hijos naturales» sólo heredarían en caso de no haber descendientes o ascendientes legítimos o hijos adoptivos y descendientes legítimos de estos.

A partir de la compilación del Derecho civil de Cataluña de 1984 se estableció la igualdad de los hijos teniendo todos los mismos derechos. Este mismo criterio se mantiene en la legislación vigente en la actualidad representada por los Códigos de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) y de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio).

**Acción de elevación a escritura pública: prescripción.**—Se trata del ejercicio de la facultad legal concedida a las partes por el artículo 1279 CC de compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública cuando esa formalidad sea necesaria para hacer efectivas las obligaciones derivadas del contrato. El plazo de prescripción, que es el general para las acciones personales de quince años, no empieza a correr hasta el momento en que dicha necesidad se plantee.

**Usucapión ordinaria de bienes inmuebles entre presentes.**—Debe acreditarse la posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante diez años. (STS de 12 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de octubre de 1966, don J. J. J. celebra un contrato de compraventa con los posteriormente demandados, por el que adquiere la plaza de toros de Ciudadela (Islas Baleares) y sus terrenos circundantes; de la compraventa se excluyen sesenta y cinco palcos de la plaza totalmente individualizados, objeto de propiedad particular y susceptibles de titularidad y transmisibilidad independiente.

Desde 1967 a 1969, don J. J. J. gestiona la explotación de los festejos en la plaza de toros adquirida. El 5 de octubre de 1969, fallece don J. J. J. por lo que, a tenor de la normativa vigente en esa fecha, se declaran herederos *ab intestato* los tres hijos matrimoniales, por auto de 14 de noviembre de 1969, sin llamar a la sucesión a dos hijos no matrimoniales del causante. En 1970 se realiza el inventario omitiendo la plaza de toros de Ciudadela, que se adiciona el 11 de febrero de 1986, mediante escritura pública de «Adición de Inventario» a la que se protocoliza el documento privado de compraventa de 1966.

Desde el fallecimiento de don J. J. J. su viuda gestiona la explotación de los festejos de la plaza de toros a través de los servicios del señor S. quien entrega las llaves a los vendedores de don J. J. J. por requerimiento judicial de 20 de marzo de 1990.

En marzo de 1991 los tres hijos matrimoniales de don J. J. J. reclaman, en su condición de herederos del comprador, la elevación a escritura pública del ya citado documento privado de compraventa.

Los demandados vendedores, además de oponer determinadas excepciones, reconvienen solicitando, por una parte, la resolución del contrato y, por otra, la adquisición de la propiedad por usucapión ordinaria. Entre las excepciones opuestas destaca la alegación de litisconsorcio activo necesario basada en haberse ignorado a los dos hijos no matrimoniales del comprador fallecido, don J. J. J., al interponer la demanda.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia, desestiman la demanda; los demandantes reconvienen recurriendo en casación. (B. F. G.)

**74. Interpretación de los testamentos y su revisión en casación.**—La principal finalidad de la interpretación de los testamentos consiste en investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento. Se trata de una tarea que corresponde a los órganos de instancia, pero que cabe excepcionalmente revisarla en casación cuando resulte ilógica o contraria a la voluntad del testador o a la ley.

**Interpretación de los testamentos: cláusula bajo condición. Interpretación restrictiva.**—El artículo 797 CC dispone que la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición a no parecer que ésta sea su voluntad, de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición.

**Modo. Legitimación para exigir su cumplimiento.**—No cabe limitarla tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues en cuanto deber jurídico ha de reconocerse también a los albaceas o herederos, por su condición de interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes.

**Modo. Apreciación de su cumplimiento por los Tribunales: flexibilidad.**—La jurisprudencia del TS muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar el cumplimiento de la carga modal ya que resulta claro conforme al artículo 798 CC que el modo no afecta a la institución pues lo dejado de tal manera «puede pedirse desde luego». Los factores que, de modo alternativo o conjunto, el TS toma en cuenta para apreciar si ha existido o no cumplimiento del modo, pero también de una condición suspensiva, son las posibilidades del instituido y el mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el testamento por otro posterior. (STS de 21 de enero de 2003; ha lugar.)

**HECHOS.**—La sentencia analizada se centra en la interpretación de una cláusula testamentaria contenida en el último testamento abierto de la causante, otorgado ante Notario el 7 de octubre de 1964, expresamente revocatorio de dos anteriores, de 6 de junio de 1955 y de 22 de febrero de 1956.

En todos ellos la testadora mejora y lega la mitad del tercio de libre disposición expresando literalmente que ello se realizaba en los dos primeros testamentos «a condición» y en el último de ellos «con la obligación modal» de cuidar y asistir a la testadora y a su

esposo y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes.

En el testamento de 6 de junio de 1955 la testadora había mejorado y legado a uno de sus hijos, el posteriormente demandado, otorgando el de 22 de febrero de 1956 a favor de otra de sus hijas tras haber emigrado aquel a Santo Domingo. En este segundo testamento se prevén sucesivas sustituciones de la primeramente instituida para el caso de incumplimiento.

El testamento litigioso se otorgó en 1964 después de que el demandado retornara de Santo Domingo a casa de sus padres en Galicia, volviendo luego a marcharse a Cataluña por razones de trabajo. El demandado se preocupaba de sus padres directamente, mientras residía en el mismo pueblo en vacaciones, e indirectamente a través de la persona que con ellos vivía.

El posteriormente demandado siguió residiendo en Cataluña hasta después de la muerte de sus padres, acaecida la de la madre testadora el 29 de julio de 1976 y la del padre el 8 de abril de 1993 sin constar en ningún momento que la testadora manifestase indicio alguno de revocar la mejora y el legado ni que el padre y los hermanos requirieran en momento alguno al posteriormente demandado para que fijara su residencia en el domicilio familiar.

El 21 de junio de 1996 los hermanos piden la ineficacia de la mejora y el legado ordenados a favor del demandado.

En primera instancia se desestima la demanda calificando la cláusula de modal, resolución que es revocada en apelación por entender que se trata de una condición suspensiva potestativa de hechos pasados. El demandado recurre en casación.

NOTA.—El TS califica finalmente la cláusula de modal acudiendo a la interpretación literal y a circunstancias exteriores como las cláusulas similares de los anteriores testamentos que expresamente supeditaban la mejora y el legado a una condición, previéndose incluso en el segundo de ellos sucesivas instituciones para el caso de incumplimiento por la primeramente mejorada. El Alto Tribunal aduce igualmente como apoyo de su final calificación la conducta de la testadora posterior al último testamento pues, observa el TS, mientras que la primera marcha del demandado del domicilio de sus padres determinó la inmediata revocación del testamento de 1955 que le favorecía, su segunda ausencia no produjo cambio alguno en la voluntad de la testadora que mantuvo el testamento litigioso desde el año 1964 hasta su muerte casi doce años después. (B. F. G.)

**75. Artículo 1058 CC: distribución de la herencia por los herederos sin sujeción a las disposiciones testamentarias.**—No es aplicable al caso concreto, pues la heredera demandante no prestó su aceptación o consentimiento por lo que la alegación del precepto en casación incide en el vicio casacional de petición de principio.

**Partición adicional o complementaria: artículo 1079 CC.**—Tiene lugar cuando en la partición realizada se omite alguno o algunos objetos o valores de la herencia. No es aplicable al supuesto de hecho en que los contadores-

partidores incurren en actuaciones y adjudicaciones que contradicen, en claro perjuicio de uno de los herederos, la voluntad del testador.

**Favor partitionis o principio de conservación de la partición.**—Responde al propósito de evitar una vuelta a la indivisión con la secuela de gastos, molestias e inconvenientes que ello acarrea. Pero no es aplicable cuando el contador partidor ha infringido las disposiciones testamentarias, que constituyen, si respetan las normas legales imperativas, la ley suprema de la sucesión, o cuando los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que, de otro modo que no sea la invalidez de la partición, no se pueden enmendar.

**Doctrina jurisprudencial de los actos propios: requisitos de aplicación.**—Se trata del principio general de que a nadie le es lícito accionar contraviniendo los actos propios anteriormente patentizados. Esta doctrina se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica y tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce. Por tanto, dichos actos vinculantes deben ser causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos sino revestidos de solemnidad.

**Principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos por retraso desleal en el ejercicio de los derechos.**—Es requisito para la aplicación de esta doctrina que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte o clara o inequívoca de la renuncia, pues el mero transcurso del tiempo vigente de la acción no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible. (STS de 22 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de julio de 1983, S. O. I. otorga testamento abierto en el que designa a I. B. L. y F. G. O. como albaceas, comisarios y contadores partidores.

El 11 de octubre de 1983, M. C. O. P., hija del testador, otorga poder a su madre y esposa del anterior M. A. I., revocándolo el 1 de octubre de 1986.

El 13 de noviembre de 1987, I. B. L. y F. G. O. llevan a cabo conjuntamente la liquidación de la sociedad de gananciales del causante, S. O. I. y su ya mencionada esposa, así como la partición de la herencia a la que no prestó aceptación ni consentimiento M. C. O. P. Dichos partidores incurren en una serie de actuaciones (como la omisión de bienes, valoraciones equivocadas, liquidaciones y adjudicaciones improcedentes) que constituyen una clara vulneración de las disposiciones testamentarias con perjuicio sustancial de la heredera citada. Esta demanda a su madre y hermanos solicitando la nulidad de la partición que la Audiencia, revocando la sentencia dictada en primera instancia, declara. Los demandados recurren en casación. (B. F. G.)

**76. Anatocismo legal.**—La aplicación del artículo 1109 CC determina que los intereses vencidos devengan el interés legal desde el momento de su reclamación judicial.

**Apelación de resoluciones interlocutorias.**—La parte debe cumplir la carga que le impone el artículo 703 LEC consistente en reproducir al apelar

la sentencia definitiva el recurso de apelación presentado en su día contra el auto desestimatorio de reposición.

**Incongruencia *extrapetita*.**—No existe en las resoluciones que den acogida a aspectos complementarios o accesorios, que estén sustancialmente comprendidos en el objeto del debate e implícitamente en la pretensión deducida de la demanda.

**Declaración de herederos abintestato en juicio declarativo.**—No existe obstáculo alguno para ello como reiteradamente ha declarado la Sala 1.ª TS.

**Cargo de albacea contador-partidor. Extinción.**—Tiene lugar, entre otras causas, cuando, realizadas las operaciones particionales, las mismas han sido aceptadas por los interesados. No se reinicia por presentación de demanda de adición al cuaderno particional de otros bienes al no ser aplicable a este caso el artículo 904 CC que se refiere a la fecha de terminación de los litigios como la de inicio para el cómputo del plazo de ejercicio del cargo.

**Motivo de casación fundado en preceptos heterogéneos: desestimación.**—La razón estriba en que al no constar en qué norma y en qué sentido se ha producido la infracción, se da lugar tanto a una confusión en su posible análisis, no estando obligado el tribunal a la pesquisa correspondiente o a extenderse en razonamientos especulativos en el propósito de atender a la respuesta casacional, como a una posible indefensión en la contraparte, pues no se le permite conocer con claridad y precisión la base de la denuncia casacional. (STS de 19 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 14 de febrero de 1996 los albaceas contadores partidores nombrados por el causante otorgan escritura de protocolización de las operaciones particionales de acuerdo con la distribución de los bienes hecha por el testador en forma de legado a favor de sus hijos sin nombramiento de heredero, siendo aceptadas por todos los legatarios.

En 31 de julio de 1997 tres de los cinco hijos del causante interponen demanda pidiendo la adición a los cuadernos particionales de un contrato de préstamo entre el causante, como prestamista, y dos de sus cinco hijos, como prestatarios, en el que se había establecido como remuneración un interés anual del 8 por 100 pagadero por semestres vencidos estableciendo el prestamista que el interés fijado sería «pagadero a mi conveniencia».

En primera instancia se suspende el acto de comparecencia ante la alegación por los demandados de la falta de legitimación activa de las actoras, excepción que es desestimada por auto.

La sentencia de apelación, confirmando la de primera instancia, estima la demanda ordenando que el cuaderno particional se complete con la adición de la cantidad prestada más los intereses pactados contados desde el fallecimiento del causante; asimismo se declara abierta la herencia abintestato respecto a la cantidad señalada, declarando como herederos abintestato a los cinco hijos del fallecido. Las dos partes recurren en casación. (B. F. G.)

**77. Designación de bienes por el testador: no constituye partición.**—El hecho de que el testador adscriba determinados bienes de la herencia a cada uno de sus herederos individualizando alguno de ellos pero sin llegar a

dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio, no implica que haya llevado a cabo la partición de la herencia.

**Nulidad del consentimiento prestado por error. Requisitos.**—Debe tratarse de un error excusable en el sentido de que no pueda atribuirse a la parte que lo alega. El TS se ha pronunciado sobre su inadmisión cuando ha recaído sobre condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o cuando se hubiera podido evitar el error con una mínima diligencia.

**Cuantía litigiosa suficiente para interponer recurso de casación.**— Cuando el recurso de casación se formula contra sentencia dictada sobre dos pleitos acumulados la cuantía litigiosa es la que representa la suma de las cuantías de las dos demandas. (STS de 24 de enero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El recurso de casación que da lugar a la sentencia analizada se formula contra sentencia dictada sobre dos pleitos acumulados.

En el primero de ellos se solicitaba la nulidad parcial de operaciones particionales de la herencia. En concreto, la demanda se refería al error sufrido por el contador en la interpretación de un plano, error que dio lugar a un *plus* en el cuaderno particional en relación con las fincas atribuidas por el testador en concepto de mejora a dos de sus hijos, demandados en este primer proceso. Los posteriormente demandantes habían aceptado la partida después de haber tenido a su disposición cuantos datos y planos eran necesarios para tener clara información del asunto, estando siempre aconsejados y asistidos por su dirección letrada. El cuaderno particional fue protocolizado e inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente.

En el segundo de los procedimientos, que fue acumulado al más antiguo, los adjudicatarios de la mejora pedían la división de la cosa común nacida como consecuencia de dicha adjudicación. La estimación de su demanda en apelación no es objeto de recurso de casación por lo que es firme en el momento en que el TS resuelve el interpuesto por la parte demandante del primer proceso. (B. F. G.)

## DERECHO MERCANTIL

**78. Competencia desleal. Venta de libros con oferta de regalos de bonos-descuento en los propios centros en otros artículos distintos. No hay infracción de la Ley del libro, ni de las Leyes de competencia desleal y general para la defensa de los consumidores: doctrina jurisprudencial pacífica.**—La cuestión suscitada en el pleito se encuentra resuelta por esta Sala por una Jurisprudencia uniforme integrada por las SS de 31 de marzo de 2000 (núm. 352, Recurso 2095/95), 4 de octubre de 2001 (núm. 885, Rec. 685/96), 30 de mayo (núm. 513, Rec. 3.710/96), y 30 de octubre de 2002 (núm. 1009, Rec. 597/97); en las cuales se declara que supuestos fácticos iguales o similares a los expresados no conculcan los artículos 33 de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del libro 1 del Real Decreto 484/1990, de 30 de

marzo, sobre precio de venta al público de libros, ni los artículos 8 y 15 de la Ley de competencia desleal, en relación con los artículos 6.4 y 7.2 CC y 9 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, por todo lo que procede declarar aplicable la argumentación de dichas sentencias al presente supuesto. (STS de 16 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Por la *Federación Granadina de Comercio* se dedujo demanda contra los centros comerciales *Alcampo, S. A.*, y *Continente, S. A.*, solicitando se declarasen desleales las campañas publicitarias y comerciales llevadas a cabo por las demandadas consistentes en el regalo de bonos-descuento de un 25 y un 20 por 100 respectivamente en la compra de todos los libros de texto, canjeables por compras en los mencionados hipermercados, con expresa prohibición de repetir dichos actos y apercibimientos legales, ordenando la cesación de los mismos y publicación en diario de mayor difusión, y condena a la indemnización correspondiente. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda pero dicha resolución fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial. Contra esta sentencia se interpusieron sendos recursos de casación por las compañías mercantiles y por los centros condenados. (A. G. B.)

**79. Marca: intereses generales y privados.**—Si bien es cierto que en el moderno Derecho sobre marcas y competencia desleal el interés general de protección de los consumidores debe considerarse preponderante sobre el interés privado o particular del empresario, también lo es que ni cabe vaciar de contenido, hasta dejarlo reducido a la más absoluta inoperancia, el derecho exclusivo reconocido al titular de la marca registrada por el artículo 30 de la Ley de marcas de 1988 (y por el art. 34 de la nueva Ley de 2001), ni es posible desconocer o marginar totalmente el evidente contenido patrimonial del derecho de marca y su expresa consideración legal como objeto del derecho de propiedad (capítulo III del título IV de la Ley de 1988 y capítulo IV del título V de la Ley de 2001). (STS de 3 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L., don S. y doña M. I. D. S. interpusieron demanda contra la compañía mercantil *Transportes La Galaica-Guipúzcoa y Navarra, S. L.*, solicitando cesación en el uso de una marca e indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya confirmó la resolución apelada. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**80. Propiedad industrial. Modelo industrial. Requisito de novedad: absoluta.**—La novedad requerida a una modalidad de la propiedad industrial es la denominada «novedad absoluta», no circunscrita a un ámbito territorial determinado y, la excepción, por el contrario, la que sólo exige para el acceso al registro la «novedad relativa» que significa que lo «creado» no haya sido conocido ni practicado en España, todo lo que hace que la prescripción del artículo 49 del Estatuto, como tal regla general, haya de aplicarse cuando no existe con respecto a una modalidad de la propiedad industrial una excepción

expresa consignada en el mismo capítulo que la regule, por lo que ha de concluirse que la «novedad relativa», que para los modelos de utilidad regulados en el capítulo II, título IV del Estatuto de la Propiedad Industrial, predicen sus artículos 174, 178 y 180, no es aplicable a los modelos industriales a que se contrae el capítulo III del referido título, que en su artículo 188, 3 se refiere, como exigible para el acceso al Registro de dichos modelos, de la condición de «novedad», sin ninguna condicionalidad.

**Modelo industrial. Eficacia de la inscripción.**—La protección de los modelos industriales opera a partir de la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial, por lo que al haberse formulado la demanda antes de la inscripción, la protección no puede ser otorgada por el simple anuncio de la solicitud en el *Boletín* correspondiente, pues tal interpretación choca frontalmente con lo dispuesto en los artículos 165 y 167 del Estatuto y desconoce como se opera normalmente en el tráfico comercial, en relación a los efectos de reducida publicidad material que tal anuncio produce.

**Competencia desleal. Confusión: concepto.**—La confusión a que se refiere el artículo 6.º LCD consiste en la actuación dirigida a hacer creer al comprador que el producto ofrecido tiene un origen o composición distinto al real, origen que, por su reconocimiento o prestigio del fabricante, lo haría más apetecible para el consumidor. Es decir, no se trata de la hipótesis en la que el consumidor confunde una prestación con otra, se trata del supuesto de que el consumidor se confunde asignando a un mismo origen empresarial a dos prestaciones procedentes de diferentes objetos.

**Competencia desleal. Similitud o semejanza: concepto y alcance.** La similitud o semejanza comporta conceptos jurídicos indeterminados que tienen que buscar su subsunción en las normas del derecho positivo. Para conseguir la máxima coherencia hermenéutica en el extenso casuismo inherente a la materia, pueden y deben de examinarse los elementos coincidentes y los discrepantes, pero sobre todos y cada uno de ellos ha de otorgarse lugar preferente al criterio que propugna una visión de conjunto, sintética, desde la totalidad de los productos o prestaciones confrontados, sin descomponer su unidad final, prevaleciendo la estructura sobre los componentes parciales, sean éstos visuales o auditivos, gráficos o fonológicos. Pues bien, junto a tales pautas, ha de tenerse en cuenta que nuestro sistema económico parte del principio de libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial en el mercado, para que el consumidor pueda elegir el producto que más le interese, confrontando calidades y precios. Este principio se sedimenta en el artículo 11.1 de la Ley 3/1991, al permitir la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, para lo que atribuye libertad, salvo que tales prestaciones o iniciativas estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. (STS de 17 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Modital, S. L.*, interpuso demanda contra la también mercantil *Tinta Difusión, S. A.*, por haber incurrido en competencia ilícita y desleal y en violación de los derechos de propiedad industrial. El Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**81. Contrato de agencia. Indemnización por clientela: concepto y determinación.**—Se trata de remunerar o compensar una labor de creación de clientela; y se hace referencia a la susceptibilidad por el empresario de continuar disfrutando y favoreciéndose de la misma, lo cual obviamente, en su apreciación *a prima facie*, supone un mero pronóstico razonable acerca de cuál será para el futuro el comportamiento probable de dicha clientela, tema de evidente carácter fáctico, y, por ende, no susceptible de revisión en casación, salvo cuando la presunción de la instancia esté «cargada de arbitrariedad». Por otro lado, aunque el legislador español no traspuso literalmente la terminología del artículo 17.2.a) de la Directiva (concretamente la referencia a la «en la medida en qué» —«wenn und soweit»-) sin embargo parece evidente que la ponderación equitativa hace referencia tanto a la procedencia de la indemnización como a la determinación de la cuantía, sin que resulte dudoso que el juzgador puede valorar otras circunstancias concurrentes no tipificadas, diferentes de las expresadas en el precepto (consistentes en existencia de pactos de limitación de competencia y comisiones que pierda), por lo que, «aunque no existan pactos limitativos de competencia, procederá la indemnización si se produce la pérdida de comisiones o se dan otras circunstancias que, a juicio del juzgador, justifican el reconocimiento del derecho a ser indemnizado, que es lo que ocurre en este caso en que la Sala *a quo* declara probada la pérdida de comisiones por el actor».

**Contrato de agencia. Indemnización por clientela: carácter irrenunciable.**—La denominada indemnización por clientela, regulada en el artículo 28 de la Ley de contrato de agencia, Ley 12/1992, de 27 de mayo, tiene carácter indisponible por aplicación del artículo 3.1 de la propia Ley especial en el que se dispone que sus preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa, lo que no sucede respecto de dicha indemnización. La Ley de derecho interno referida recoge el criterio de la Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, que, frente a las pretensiones británicas de seguir el sistema de autonomía privada, opta por el sistema continental del carácter indisponible. Por consiguiente, al someter las partes la relación jurídica establecida entre ellas al régimen de la Ley 12/1992, la renuncia a la indemnización por clientela recogida en una de las estipulaciones contractuales incide en nulidad absoluta por ser contraria a norma imperativa y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.3 y 1255 CC.

**Contrato de agencia. Indemnización por clientela: ausencia de carácter automático.**—No opera con carácter automático por cuanto para su aplicación es preciso, además de la ausencia de causas de exclusión (art. 30 LCA) y de que se haya acreditado por el agente aportación de clientela —aumento de número de clientes— o el incremento sensible de operaciones con la clientela preexistente, que la actividad anterior (de dicho agente) puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y la indemnización resulte equitativamente procedente por las circunstancias concurrentes. Del texto legal (art. 28.1 LCA) se advierte claramente la *ratio* de la norma de tomar en cuenta (lo que se puede valorar desde diferentes perspectivas como lo hacen las diversas teorías relativas a la naturaleza y función de la institución) el aprovechamiento subsiguiente por el empresario de la captación de la clientela —y por tanto de las ventajas comerciales que ello representa— realizada por el agente.

**Contrato de agencia. Indemnización por clientela: necesidad de extinción del contrato.**—El derecho a una indemnización por clientela requiere como presupuesto básico la extinción del contrato, sea por tiempo

determinado o indefinido –indemnización postcontractual. (STS de 27 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–La mercantil *Royaldi, S. L.*, interpuso demanda contra la entidad mercantil *Philips Ibérica, SAE*, solicitando la resolución del contrato de agencia existente entre las partes, y la condena a *Philips Ibérica, S. A.*, al pago de las indemnizaciones por clientela, daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, resolvió estimando parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.).

**82. Revocación de concesión en exclusiva. Indemnización por clientela.**–La S de 22 de marzo de 1988 establece la procedencia de la indemnización en los casos de revocabilidad de la concesión en exclusiva sin límite temporal por la sola voluntad unilateral de uno solo de los contratantes cuando «la denuncia unilateral venga seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en que la doctrina sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente sino queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa», fundamentación que ha sido mantenida con reiteración por sentencias posteriores (SS de 27 de mayo de 1993, 22 de abril de 2000, entre otras); y la S de 30 de octubre de 2000, en cuanto a la indemnización por clientela, establece que la «obligación reparatoria vendrá impuesta no por la extinción de los efectos del contrato, sino por lo aportado y dejado en esa esfera de desenvolvimiento por el concesionario como sería la clientela creada o aumentada, y la pérdida que su desaparición lleva para él». La más reciente S de 26 de abril de 2002 afirma: «Por ello, en la agencia está previsto en el artículo 28 de la Ley, mientras que en la concesión, aunque no esté pactado, se desprende del sinalagma y del equilibrio prestacional, ya que, de lo contrario, al extinguirse el contrato ese incremento o “aviamiento” o plusvalía, si no se resarce a su autor –el concesionario– produciría un enriquecimiento injusto en el concedente».

**Indiferencia del establecimiento de un plazo.**–Alega el recurrente que el contrato se estableció por tiempo determinado; como se establece en el artículo 28 de la Ley 12/1992, aunque el mismo no sea aplicable al caso, la indemnización por clientela procede tanto en los contratos de duración indefinida como en los que tengan fijado un plazo de duración, tiempo en el que se dé esa creación o aumento de clientela. En el supuesto analizado, aunque el plazo pactado fue inicialmente de un año, la vigencia de la concesión se ha extendido durante once años en virtud de sucesivas prórrogas tácitas. (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.–La sentencia objeto de este recurso de casación condena a la demandada recurrente, *Sociedad Anónima de Tractores de España (SATE)*, hoy *Hispanomoción, S. A.*, a abonar a *Garaje Geñin, S. L.*, la cantidad de tres millones de pesetas en concepto de indemnización por clientela y a la recompra del «stock» en piezas en poder del agente, comprados al concesionario de la marca *Peugeot Talbot*.

El motivo único del recurso interpuesto se formula «al amparo de las normas desarrolladas por esta Sala, sin reflejo en la ley sustantiva, sobre enriquecimiento injusto». Se critica la sentencia recurrida en cuando funda su pronunciamiento condenatorio en la doctrina del enriquecimiento injusto que la recurrente estima no ser aplicable. (A.G.B.).

**83. Contrato de seguro. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.**—La jurisprudencia tiene declarado que ha de distinguirse, entre las cláusulas destinadas a delimitar y concretar el riesgo, de aquellas que restringen —y con ello cercenan— los derechos del asegurado, con lo que la exigencia que impone el artículo 3 de la LCS no se refiere a cualquier condición general del seguro o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino en concreto a aquellas cláusulas que son limitativas de los derechos del asegurado y tal exigencia —de la aceptación expresa mediante suscripción— no alcanza a las cláusulas que actúan definiendo y delimitando la cobertura del riesgo. La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez se ha producido el riesgo, lo que no sucede con la cláusula de su exclusión, al especificar qué clases de riesgos se han constituido en objeto del contrato, y por ello los que no resultan cubiertos. (STS de 23 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. V. G interpuso demanda contra *Astra de Seguros y Reaseguros* por reclamación de cantidad por razón a los daños que afectaron al vehículo asegurado, por consecuencia de accidente de circulación, vigente la póliza contratada, en la modalidad de multirriesgo, discutiéndose el carácter lesivo de la cláusula que establece que las reparaciones se tasarán con arreglo al valor real de las mismas, y sin que dicha tasación pueda en ningún momento ser superior al valor venal del vehículo. El Juzgado de Primera Instancia de Mondoñedo estimó parcialmente la demanda, considerando que la referida cláusula tenía carácter lesivo para el asegurado, ya que no había sido aceptada expresamente. La Audiencia Provincial de Lugo revocó parcialmente la sentencia. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**84. Contrato de seguro. Deber de declaración. Incumplimiento: efectos.**—El artículo 10 LCS ha articulado los efectos del incumplimiento del deber de declaración según haya existido o no dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro. En todo caso, ha de partirse del presupuesto esencial de que se ha producido una infracción del deber de declaración del tomador del seguro dentro de los límites que conocemos y que vienen determinados por la redacción del cuestionario efectuado por el asegurador y presentado para su contestación al tomador del seguro. Con independencia de este dato fundamental, se ha conferido al asegurador una facultad para resolver el contrato en un plazo determinado (un mes a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud). Término breve para el ejercicio de la facultad resolutoria que concede el artículo 10.2 al asegurador con carácter general para todos los supuestos (es decir, sin tener en cuenta si ha existido culpa grave o dolo o no

por parte del tomador del seguro), que contrasta con el supuesto de que se produzca el siniestro antes de que el asegurador haga esa declaración, en el que distingue el caso de que el tomador del seguro hubiera operado con dolo o culpa grave o no

**Contrato de seguro. Deber de declaración. Incumplimiento por dolo o culpa grave: apreciación por los Tribunales.**—El párrafo 3 del artículo 10 LCS termina diciendo que «si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará exonerado el asegurador del pago de la prestación». Al referirnos a este supuesto, como hace la doctrina más autorizada, interesa hacer notar, en primer lugar, que se trata de estudiar el supuesto en el que exista dolo o culpa grave del tomador del seguro. La ley, en este caso, se refiere a los dos conceptos, mientras que en otros se alude únicamente al dolo o, con terminología insegura, de la que había pretendido huir el proyecto de ley, a la «mala fe». El elemento intencional al que es tan sensible el contrato de seguro, ha querido extenderse en este caso del artículo 10 a esos dos supuestos. Comprende así el caso de declaraciones inexactas o reticentes por dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aun cuando no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1269 CC) y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario. La precisión de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se ha debido a culpa grave, no es tarea fácil, en que la línea divisoria entre la culpa leve y la grave es sutil. Sólo a la vista de cada caso concreto podrá determinarse si nos encontramos ante un supuesto de culpa grave o no. Todo ello es de libre apreciación del Tribunal sentenciador en cuanto, siendo conceptos jurídicos, han de resultar de lo actuado como hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial interpreta y valora, para decretar su concurrencia. (STS de 30 de enero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don P. P. M. interpuso demanda contra *La Estrella S. A. de Seguros y Reaseguros*, por reclamación de cantidad en virtud de las lesiones diagnosticadas con ocasión de un accidente de circulación y la entidad demandada se opuso al pago de la cantidad reclamada en base a la preexistencia de las lesiones con anterioridad al suscribir el contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almansa desestimó la demanda. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Albacete estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**85. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS. Incompatibilidad de intereses: régimen anterior.**—Aun cuando la incompatibilidad entre los intereses especiales del artículo 20 LCS y los moratorios del artículo 1108 CC y procesales del artículo 921 LEC de 1881 no se incorporara expresamente al primero de dichos preceptos hasta su nueva redacción por la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1995, tal incompatibilidad resultaba ya de la jurisprudencia de esta Sala tanto sobre los intereses moratorios, que se entendían embebidos en los superiores del artículo 921 (SSTS de 5 de abril de 1994 y de 30 de diciembre de 1999), como sobre la indemnización de daños y perjuicios, establecida para el seguro mediante una liquidación por ministerio de la Ley a través del citado artículo 20 LCS (STS de 28 de

diciembre de 1999), y sobre las deudas de valor (STS de 19 de mayo de 2000), siempre bajo el designio de evitar un doble incremento fundado en una misma razón de demora en el pago del principal.

**Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: evolución jurisprudencial.** En orden a la procedencia de los intereses especiales del artículo 20 LCS en su redacción original, la jurisprudencia evolucionó desde una línea inicialmente menos favorable al asegurado, descartando tales intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, hacia una línea más rigurosa para con las compañías de seguros, según la cual para eliminar la condena de intereses no bastaba con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que era preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, como establecía dicho precepto, siendo lo decisivo por tanto la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor (SSTS de 8 de febrero de 1994, 5 de julio de 1996, 11 de noviembre de 1997, 13 de octubre de 1999 y 26 de enero de 2000), hasta el punto de que procederían los intereses especiales del artículo 20 LCS si la aseguradora consignaba la cantidad indudablemente debida pero lo hacía con condiciones (STS de 12 de abril de 2002).

**Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: irretroactividad de la redacción actual.**—Por lo que se refiere a la aplicabilidad al caso del artículo 20 LCS en su nueva redacción, no hay razón para sostenerla: de un lado, porque tanto el siniestro como la interposición de la demanda tuvieron lugar antes de la publicación de la Ley 30/1995, que ni establecía su retroactividad ni contenía ninguna específica disposición transitoria al respecto, por lo que ha de estarse a la regla general del artículo 2.3 CC; y de otro, porque el nuevo texto del artículo 20 LCS no se ha limitado a una mera modificación de los tipos de interés en beneficio de las aseguradoras, sino que en gran medida ha establecido un régimen diferente, mucho más complejo y pormenorizado que el del antiguo texto, de difícil combinación o aplicación fragmentaria, de suerte que una hipotética aplicabilidad de dicho precepto en su nueva redacción exigiría ineludiblemente que se hiciera en su integridad y no limitada estrictamente a su regla 4.<sup>a</sup> (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Servibérica S.R.L.* interpuso demanda contra *Catalana Occidente, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*, en reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro, solicitando se condenara a la demandada a pagar a la actora la cantidad más los intereses sancionadores del 20 por 100 anual desde el 5 de noviembre de 1994 y los intereses legales desde la interposición de la demanda, así como al pago de las costas procesales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó ambos recursos. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**86. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: procedencia.** La iliquidez de la deuda no justifica la demora habida y lo esencial es la inexistencia de causa que la justifique, sin que como tal pueda reputarse el proceso judicial posterior, tanto menos cuando, como sucede en el presente caso, aunque el importe de la indemnización se moderase en la sentencia, no ofrece duda la culpabilidad en la causación del siniestro.

**Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: *dies a quo*.**—El día inicial para el abono del 20 por 100 anual debe entenderse «transcurridos tres meses desde la fecha del siniestro».

**Contrato de seguro. Recargo del artículo 38 LCS.**—Dicho recargo sólo es aplicable a los siniestros que sólo afectan y surgen entre el asegurador y el asegurado, y no tiene razón de ser su aplicación cuando existen terceros perjudicados a los que el asegurado tiene obligación de indemnizar, no sólo es un ataque a las más elementales normas generales que rigen la contratación en materia de seguros, sino una contradicción abierta a lo que se dispone en el artículo 73 y ss. de la mencionada a los que son aplicables las normas generales de dicha Ley. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Yecla (Murcia), fueron vistos los autos, promovidos a instancia de contra don J. I. G. y *AGF Seguros, S. L.*, a instancia de *Axa Seguros*, contra don José I. G. y *AGF Seguros, S. L.*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente ambas demandas acumuladas. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia confirmó la resolución recurrida. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**87. Interpretación de los contratos. Interpretación literal: criterio preferente.**—La doctrina jurisprudencial más general ha señalado que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales, tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281 CC, de tal manera, que si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal.

**Interpretación de los contratos. Regla del artículo 1288 CC: aplicación.**—La regla que contiene el artículo 1288 del Código Civil no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, de esta manera resulta relegado el precepto. El artículo 1288 CC no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad.

**Contrato de seguro. Infraseguro.**—El artículo 30 LCS atiende la situación infraseguro en el momento de la producción del siniestro y extrae las debidas consecuencias a los efectos del cálculo de la indemnización del asegurador, al decir que en tal supuesto «indemnizará el daño

causado en la misma proporción en la que aquélla cubre el interés asegurado», de forma que este artículo presupone la existencia de una situación de infraseguro. Norma ésta, como explica la doctrina más autorizada, que completa la enunciada en el artículo 27 de que la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurado en caso de siniestro. La regla proporcional tiene los siguientes presupuestos: *En primer término*, que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurable, entendido como valor real, bien sea calculado como valor venal o valor en uso. *En segundo lugar*, que la circunstancia de que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurable se produzca en el momento de la producción del siniestro. *Por último*, que el siniestro produzca un daño parcial del interés, pues si el daño es total, la indemnización del asegurador será igual a la suma asegurada, que opera, como dice el artículo 27 del mismo texto legal, como límite máximo de esa indemnización.

**Contrato de seguro. Intereses penalizadores del artículo 20 LCS: improcedencia.**—Cuando existe contienda sobre las causas del siniestro, o sobre su existencia o inexistencia, los posibles intereses penalizadores sólo se devengan cuando se ha resuelto esta contienda por sentencia inatacable. De igual forma, sólo cuando se determinen los efectos patrimoniales derivados de la causa indemnizatoria, es cuando puede generarse el interés del 20 por 100 de los artículos 20 y 38 LCS. En efecto, el apartado 8.º del artículo 20 alude a que no ha lugar a la indemnización por mora, cuando la falta de satisfacción de la prestación por parte del asegurador no le sea imputable o cuando esté fundada en una causa justificada. Porque la Ley de contrato de seguro impone, en este caso, al asegurador el cumplimiento de una debida diligencia para hacer las investigaciones y peritaciones necesarias para la determinación de su deuda y su cumplimiento, dentro del plazo de los tres meses marcados por este artículo. Deber de diligencia que no incumple si el retraso se debe a causa que no le es imputable o que está justificada. Dentro de la causa justificada se incluye la circunstancia de si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador. (STS de 23 de enero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Servicios de Transportes de Automóviles y Mercancías, S. A.*, interpuso demanda contra *La Unión y El Fénix Español, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, en reclamación de cantidad en virtud de contrato seguro de transporte terrestre. El Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona estimó parcialmente la demanda. La parte actora recurrió en apelación, la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el referido recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**88. Seguros. Impugnación por la asegurada del acta de conformidad:** a) Por falta de notificación inmediata a la parte recurrente. b) Por no contener el acta los requisitos exigidos en el párrafo 5.º LCS. Procedimiento extrajudicial previo, que aunque de carácter privado, pero por afectar a un interés de mercado carácter público, han de cumplirse los requisitos impuestos por la ley tendente a salvaguardar ese interés. No se han cumplido las normas denunciadas como violadas. No ha habido notificación inmediata e indubitada del acuerdo.

Dos son los motivos en los que funda la parte demandante el recurso de casación, los dos por infracción del artículo 38 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro, uno, el primero, por infracción del párrafo séptimo, y el segundo, por infracción del párrafo quinto, que se refieren, el primero de los citados a la forma y tiempo con arreglo a los cuales ha de ser notificada a las partes el acta de acuerdo, y el segundo al contenido de la susodicha acta. Al respecto, hay que tener presente la jurisprudencia de esta Sala, mantenida, principalmente, en las SS de 14 y 17 de julio de 1992, 19 de junio de 1995 y 20 de enero de 2001, en las que se sostiene que el artículo 38 LCS regula un procedimiento extrajudicial, cuya finalidad no es otra que la de proceder a una liquidación lo más rápidamente posible de los siniestros producidos en los seguros contra daños, cuando no se llega entre las partes a un acuerdo dentro de los cuarenta días a partir de la declaración del siniestro, entendiéndose que las partes no son libres, sin más, para acudir al planteamiento judicial, para resolver los problemas que dé lugar la liquidación, sino como dice el párrafo cuarto del artículo 38, que previamente ha de proceder cada parte a designar un perito para que emitan un dictamen conjunto, que debe contener los extremos que determina el párrafo quinto del citado texto. Procedimiento éste que como se sostiene por la jurisprudencia citada «se revela, aunque sea de origen privado y su causa directa son relaciones contractuales, su regulación garantiza unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público, impuesto por la Ley y substraído a la voluntad de las partes», normas imperativas que están recogidas en el artículo 38 citado y que se refieren tanto al tiempo y forma de notificar a las partes el acta del acuerdo de los peritos, como a las materias que han de ser recogidas en el acta de conformidad, que hacen pensar que tal acta de conformidad, más que tratarse de un propio informe pericial, guarda más semejanza a un laudo arbitral, que ha de aparecer fundado por las propias precisiones que los peritos hagan, en orden a determinar los conceptos exigidos en el párrafo quinto, de acuerdo con sus conocimientos técnicos, en los correspondientes apartados que de forma imperativa han de constar en el acta.

Declarado el carácter de derecho necesario del precepto que determina la forma de hacer la notificación del acuerdo a las partes, resulta indudable que para la validez del mismo la notificación ha de ser hecha por los peritos a las partes de forma inmediata e indubitada, requisitos que como es de ver en la declaración de los hechos probados de las sentencias de instancia, no se cumplieron respecto de la entidad demandante y recurrente, pues además de dilatar por más de un mes la notificación, ésta, la carta certificada remitida por conducto notarial el 6 de octubre de 1992 (el acta se suscribió por los peritos el 10 de septiembre), que fue recibida por su destinataria el siguiente día catorce, no tenía por objeto la notificación del acta de acuerdo, sino poner a disposición de la compañía asegurada el importe de la liquidación, de acuerdo con la cantidad fijada por los dos peritos de conformidad, y al mismo tiempo «requerirle para que facilite en todo lo posible el trabajo de los peritos nombrados por ambas partes para fijar la indemnización a la que tuvieran derecho por la garantía de paralización», por lo que no se puede entender que se ha cumplido con lo dispuesto en el párrafo séptimo del referido artículo 38, y tampoco se puede estimar subsanado, por la referida carta certificada, ya que en la misma no está contenida el acta del acuerdo pericial, no por el conocimiento que la parte recurrente tuvo en su día para la promoción del

juicio del que dimana este recurso, porque lo ha llevado a efecto precisamente para impugnar la validez del acuerdo.

Ha de ser estimado también el segundo motivo en atención a la obligatoria observancia del precepto que se dice infringido por la parte recurrente, el del párrafo quinto del repetido artículo 38 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro, pues basta un simple examen del acta del acuerdo pericial para que aparezcan las deficiencias puestas de manifiesto por la parte recurrente en su recurso; pues si es cierto que en la redacción del mismo se ha guardado la estructura formal que impone el indicado precepto, su formulación, en lo que se refiere a los apartados segundo y tercero, lo hacen inaceptable por la falta de determinación de los conceptos que de forma general se totalizan. (STS de 9 de diciembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad actora recurre la sentencia de la Audiencia que confirmando la de primera instancia, desestima la demanda promovida por la misma, como aseguradora en virtud de póliza de multirriesgo, y demandó a la sociedad aseguradora, impugnando el «acta de conformidad» levantada por los dos peritos nombrados respectivamente uno por la propia entidad recurrente, y otro por la compañía aseguradora, de fecha 10 de septiembre de 1992, en la que se señaló como importe de los daños y perjuicios causados a la entidad asegurada, por el fuego declarado el 5 de mayo de 1992, en sus instalaciones comerciales, la suma de 22.003.400 pesetas. Alegando para fundamentar su impugnación, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 LCS, ya que entiende acreditados en autos: *a)* que el acta no fue notificada a la que es hoy parte recurrente y asegurada en la póliza, hasta el 6 de octubre de 1992, en la que por conducto notarial, se puso por la entidad aseguradora la cantidad establecida en el acta a disposición de la asegurada y *b)* que la citada acta de conformidad no reúne los requisitos exigidos en el párrafo quinto del citado artículo 38 LCS. (O.M.B.)

**89. Contrato de seguro. Infarto de miocardio.**—Los infartos de miocardio no pueden calificarse de accidentes con arreglo al artículo 100 LCS, salvo que se demuestre que se produjeron por una causa externa al paciente, por existir una violencia física o moral desencadenante de una situación extrema, siempre que quede debidamente acreditada esta relación entre la situación anómala y la producción del infarto, mediante las oportunas pruebas a cargo del actor. Es razonable que no se pueda calificar de causa violenta súbita la actividad que desarrollaba el demandante, pues precisamente era la actividad física habitual y ordinaria de su trabajo; y el infarto de miocardio se produce por la enfermedad de base, que es, la referida como diagnóstico: «cardiopatía isquémica evolutiva». El infarto para que se considere accidente ha de obedecer a una causa externa. (STS de 14 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don I. G. C. interpuso demanda contra *Mutua General de Seguros, Sociedad Mutua a Prima Fija de Seguros y Reaseguros*, sobre reclamación de cantidad, ya que el actor se hallaba trabajando en Monzón para el Ayuntamiento de Castillonroy, en la apertura de una zanja para descubrir una tubería que debía

tener un escape de agua, cuando sufrió un dolor grave en el pecho que le obligó a una intervención de urgencia, con diagnóstico de una «cardiopatía isquémica evolutiva» con episodio de infarto de miocardio, teniendo el demandante suscrita una póliza de accidentes corporales como seguro individual. El Juzgado de Primera Instancia de Monzón (Huesca) estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la sociedad demandada, la Audiencia Provincial de Huesca revocó dicha sentencia y se desestimó íntegramente la demanda. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**90. Responsabilidad por falta de la comunicación prevista en el artículo 55 de la Ley Cambiaria y del Cheque.**—El artículo 55 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, aun siendo aplicable a los pagarés, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de estos títulos, ha de relacionarse con la responsabilidad solidaria de los intervinientes en la letra o pagaré, por lo que se refiere al endosante o librador, pero, en puridad, no ha de incluirse el caso del endoso de apoderamiento para cobranza, en que el endosatario no ejercita un derecho propio sino que actúa en concepto de representante del endosante, por lo cual, en el supuesto que nos ocupa, la alegada negligencia del demandado no puede inferirse del mero incumplimiento de los plazos establecidos en el artículo 55, que en modo alguno puede reputarse infringido, no sólo en atención a los hechos probados, que ya sería suficiente, sino también por las razones expuestas, lo cual es compatible con la posibilidad de apreciar negligencia en virtud de otros hechos que la demuestren respecto a la gestión de cobranza, que no es el caso.

Asimismo, la invocada infracción de los artículos 13 y 25 de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, propone una cuestión nueva y, por tanto, ha de rechazarse su examen en casación, ya que podría causar indefensión a la demandada.

En el segundo motivo, se cita como infringido el artículo 1170.2.º CC, planteándose también una cuestión nueva, con lo que debemos concluir en igual sentido que en el supuesto anterior.

Finalmente, el tercero de los motivos alegados es también rechazado al estimar resuelta previamente la cuestión en la sentencia de instancia. (STS de 29 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badajoz, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. Admitida a trámite la demanda, se dictó sentencia en fecha 24 de octubre de 1996, desestimando la misma.

Contra tal resolución, se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª) dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 1997, de forma igualmente desestimatoria, razón por la que se presenta, finalmente, recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 55 de la Ley Cambiaria y del Cheque; 13 y 25 LGDCU; y 1170, párrafo segundo, CC; así como de la doctrina y jurisprudencia aplicable a este respecto. (J. L. B.)

**91. Sociedad mercantil irregular: concepto y requisitos.**—Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, determinando tal condición irregular a los efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios, así lo estima la doctrina jurisprudencial; el artículo 117 CCO da validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración entre los que lo celebren, siempre que reúna los requisitos del artículo 1261 CC, admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y con forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a la de las colectivas, con aplicación de la normativa específica a la del Código de comercio, asimilación a las sociedades colectivas y consiguiente aplicación de la normativa específica del Código de comercio. El otorgamiento de escritura notarial y la inscripción en el Registro Mercantil, requisitos que sólo tienen carácter constitutivo en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, pero no en las 'compañías colectivas', según reconoce, con carácter más general, el artículo 120 del CCO. (STS de 11 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. G. V. interpuso demanda contra doña A. P. P. y don A. B. S. sobre reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Cristóbal de la Laguna resolvió estimando la demanda. Recurrida en apelación por doña A. P. P., la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**92. Balance. Función y requisitos.**—El balance actúa como documento contable que refleja, mediante partidas agrupadas, los elementos patrimoniales de la sociedad y de este modo se fija el valor de su patrimonio social, imponiendo el artículo 34 CCO, que las cuentas anuales deberán de redactarse con claridad y cumplir la función de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados.

**Balance. Confección: principios.**—Los principios rectores que rigen la confección de los balances y tienen carácter imperativo (art. 35 CCO), son: a) *Veracidad y exactitud*, ya que el activo debe contener todos los elementos que representan un valor y el pasivo ha de registrar las cargas obligacionales, b) *Claridad*, en cuanto a la distinción y delimitación de las partidas, poniendo bien de manifiesto la situación patrimonial y la determinación de resultados, c) *Unidad*, pues abarca a la compañía en su totalidad, integrándose la unidad de contabilidad con el balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria (art. 34.1.º CCO) y d) *Continuidad*, ya que cada balanza enlaza y se relaciona con los precedentes, y sus resultados han de tomarse como punto de partida.

**Sociedades Anónimas. Contabilidad: caracteres y régimen jurídico.** En el caso concreto de las sociedades anónimas, la contabilidad precisa y ordenada viene impuesta en los artículos 171 a 222 de la Ley, exigiendo el

artículo 172, en concordancia con el Código de comercio, que los documentos de las cuentas anuales serán redactados necesariamente con claridad, debiendo de mostrar la imagen fiel del patrimonio social conforme a la Cuarta Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, así como Directivas 90/604 y 90/605, de 8 de noviembre de 1995, con reflejo en la Ley 2/1995.

**Contabilidad. Examen judicial.**—Cuando se promueve controversia judicial respecto al alcance de la claridad de las cuentas, corresponde al Juzgador formar convicción personal sobre las cuestiones sometidas a su consideración, sin que esté obligado a realizar directa y materialmente la contabilidad, resultando valioso para su examen los informes periciales, por precisarse conocimientos específicos en la materia, y dichas informaciones contribuyen a que el Tribunal pueda alcanzar criterios y en este sentido el artículo 119.3 LSA contempla especialmente la prueba pericial contable.

**Balance. Confidencialidad de deuda pública especial: inaplicable a la confección de balance de sociedad anónima.**—La confidencialidad de la deuda pública especial suscrita conforme a la DA 13 de la Ley 18/1991 del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, de 6 de junio, que contempla la confidencialidad de los adquirentes y ninguna norma contable, no amparando expresamente la no contabilización de dicha deuda, al referirse la confidencialidad expresamente a que las Entidades gestoras y demás intermediarios que intervengan en la suscripción de activos de la deuda pública especial no están obligados a informar a la Administración Tributaria de la identidad de los suscriptores, cuyos datos identificativos se mantienen preservados hasta que se produzca la amortización ordinaria o anticipada. Evidentemente se trata de una normativa fiscal proyectada hacia el exterior que no puede afectar al régimen jurídico legal que disciplina las sociedades anónimas, pues sus normas tienen carácter imperativo, y así sucede con las que disciplinan la confección correcta de los balances conforme a lo que se deja dicho. Los balances no pueden ser sustituidos por la memoria, la que, de conformidad a los artículos 35.3 CC y 199 y ss. LSA, actúa en correlación al balance, completándolo, ampliándolo y comentándolo, careciendo de la condición de documento contable y de los requisitos legales que debe reunir el balance. La jurisprudencia ha señalado que es necesario e inevitable el reflejo en el patrimonio social de la deuda pública especial, al formar parte e integrarse en aquél de manera indiscutible, aunque su incorporación efectiva no se produzca hasta la terminación del plazo por el que se constituyó y resulta insuficiente su reflejo en la memoria.

**Balance. Insustituible por la memoria.**—Los balances no pueden ser sustituidos por la memoria, la que, de conformidad a los artículos 35.3 CCO y 199 y ss. LSA actúa en correlación al balance, completándolo, ampliándolo y comentándolo, careciendo de la condición de documento contable y de los requisitos legales que debe reunir el balance.

**Contabilidad. Necesidad de reflejar la imagen fiel.**—El artículo 34.4.º CCO no deja de ser significativo y previsor al disponer que en los casos excepcionales en los que la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. (STS de 30 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. M. y otros interpusieron demanda contra la mercantil *Autotractor, S. A.*, impugnando los acuerdos sociales por los que se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio de 1993

sin haber contabilizado en el balance la partida de la deuda pública especial por importe de 42.705.837 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lleida estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Lleida desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**93. Prohibición de transmisión de acciones de una sociedad anónima.**—El artículo 14 LSA de 17 de julio de 1951, prohibía a los accionistas transmitir sus acciones en tanto que no estuviera inscrita la sociedad en el Registro Mercantil. Esa misma prohibición se reproduce en el artículo 62 de la actual, ampliándose también a los supuestos de no inscripción en dicho Registro del aumento de capital social (el art. 162.1 LSA vigente establece que ese acuerdo de aumento y la ejecución del mismo tendrán que inscribirse simultáneamente). Sin embargo, la doctrina del TS (SSTS de 16 de julio de 1992 y de 8 de febrero de 1988) pone de manifiesto que dicha prohibición no imposibilita que, previamente, en la etapa presocial, se puedan concertar pactos de enajenación de acciones entre accionistas y terceros; el argumento que maneja el TS es el respeto a las voluntades contratantes, cuando no exista sospecha, o efectiva revelación de fraude, moderando de esta manera las exigencias formalistas. Esa venta de referencia es eficaz y vinculante para las partes, en cuanto que supone un convenio válido para la transmisión de los títulos y es un antecedente a su debida formalización. En otro caso, quedaría en entredicho el derecho a la libre disponibilidad de parte del patrimonio del titular, máxime cuando esos preceptos quedan limitados al no libre tránsito entre los propios accionistas, pero no cuando el negocio liga a los accionistas con terceras personas (STS de 16 de julio de 1992). Así no hacen de imposible cumplimiento los negocios de transmisión de acciones.

**Interpretación de los contratos.**—La interpretación de los contratos es una función que corresponde al Tribunal de instancia, cuyo resultado ha de prevalecer en casación, salvo que las conclusiones que se alcancen sean contrarias al recto criterio o entren en conflicto con las normas legales utilizadas para la tarea hermenéutica. (STS de 12 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Talavera de la Reina se interpone demanda por una serie de personas, sobre acción de nulidad de todas las ventas de las acciones de la *Sociedad Congelados Talavera*, por haberse efectuado antes de constituirse e inscribirse dicha sociedad. El Juzgado estima en parte la demanda y la Audiencia Provincial de Toledo confirma la sentencia de instancia, desestimando los recursos de apelación interpuestos por los actores. Se plantea recurso de casación ante el TS por los actores, donde alegan, entre otros motivos, la infracción de los artículos 14 LSA y 1261.2.º CC. (S. L. M.)

**94. Sociedades anónimas.**—Se ejercita demanda de reclamación de las deudas sociales de los administradores vía indemnización por actuación culposa o negligente de los mismos y vía objetiva por la responsabilidad solidaria establecida, por incumplimiento de determinadas actuaciones: 1. Por no convocar la Junta General en el plazo de dos meses en supuestos de disolu-

ción. 2. El no haber acomodado e inscrito en el Registro Mercantil los Estatutos Sociales antes del 30 de junio de 1992, a la normativa de la ley.

Acumulándose en la demanda, pues, tres acciones para obtener la única petición principal del suplico, siendo suficiente la estimación de una sola de las acciones para dar lugar a la demanda, las dos últimas, tienen una verdadera naturaleza objetiva, constituyendo una obligación *ex lege*, que para dar lugar a las mismas, basta con acreditar los hechos en que se funda, sin necesidad de entrar en otras disquisiciones, como si ha existido o no culpa o negligencia, circunstancia ésta que no ocurre para el éxito de la acción fundamentada en el artículo 135 LSA, en el que tiene que acreditarse que en la actuación de los administradores se cumplen todos los supuestos para apreciar la existencia de culpa o negligencia, además de demostrar la realidad del daño, siendo la acción esencialmente reparadora del mismo; por el contrario para dar lugar a cualquiera de las dos últimas, además de no hacer falta la demostración de existencia de culpa, no son acciones indemnizatorias en cuanto no se condena al pago de una indemnización de los daños causados sino al pago solidario de las deudas sociales, lo que supone dar lugar a una especie de asunción acumulativa de la deuda.

**Defectos procesales. Litisconsorcio pasivo necesario.**—En el supuesto de incumplimiento del pago de una deuda social por la sociedad deudora, puede hacerse efectivo el mismo contra los miembros del consejo de administración de la sociedad, siempre que estos estén incurso en alguno de los supuestos fácticos que han sido estudiados en la sentencia impugnada, todo ello con independencia de que esa deuda, estuviera afianzada su pago por una sociedad del mismo grupo, como ocurre en el supuesto de autos, ya que la obligación del pago de la deuda por los administradores es de carácter solidario, lo mismo que el de la entidad que afianzó la póliza de crédito, en este supuesto lo ha sido por *Esabe Expres, S. A.*, sin que a este respecto, sea necesario demandar a la fiadora, pues siendo las obligaciones de todos de carácter solidario, el acreedor, de acuerdo con lo que determina el artículo 1144 CC, puede dirigirse indistintamente a uno u otro deudor o a todos ellos.

**Prescripción. El plazo es distinto según la acción que se ejercite: el de un año para la culpa extracontractual y el de cuatro años para la objetiva contra los administradores.**—Se ejercitan en el procedimiento, con el mismo fin, el del cobro de deudas sociales, otras dos acciones distintas de la derivada de culpa extracontractual, para las cuales según reiterada doctrina de esta Sala, como lo ponen de manifiesto las SS de 2 de julio de 1999 y 26 de octubre de 2001, el plazo de prescripción es el de cuatro años señalado en el artículo 949 CCO.

**Se cumplen los supuestos de hecho para el éxito de las acciones para el cobro de deudas sociales con carácter solidario de los administradores sociales.**—Los recurrentes mezclan y confunden dos acciones, una derivada de culpa extracontractual para la que sí es necesario acreditar la relación de causalidad entre la actuación de los administradores y el resultado dañoso, es decir, es necesario que se cumplan los supuestos exigidos en el artículo 1902 CC, para poder exigir esta clase de responsabilidades extracontractuales, y que tiene su fundamentación para las actuaciones culposas de los administradores en el artículo 135, y otra bien distinta, que es la acción cuyo soporte estriba en el núm. 5 del artículo 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, cuya infracción se alega como fundamento del presente motivo, que para su éxito no es necesario que concurran los supuestos de la culpa, como se tiene reiteradamente manifesta-

do en la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las SS de 20 de diciembre de 2000, 20 de abril y 26 de octubre de 2001 y 25 de abril de 2002. La del núm. 5 del artículo 262 es una acción nacida de la obligación de responder de las deudas sociales con carácter solidario si no han cumplido lo dispuesto en el núm. 4 del artículo 260 de la referida ley, cuando por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior de la mitad del capital social, situación fáctica que ha sido reconocida por los demandados, ahora recurrentes que se daba en la sociedad *Esabe Ingeniería y Servicios, S. A.*, pero como esa situación era conocida por el banco prestamista, entienden que las normas citadas no deben aplicarse respecto a éste, ya que la situación de insolvencia se ha producido antes del nacimiento de los créditos del banco, y la imposibilidad de pago obedece a causas anteriores de la creación de la póliza. Argumentaciones éstas que no se conjugan bien con el carácter objetivo de la responsabilidad de los administradores nacida de los artículos 262.5.º en relación con el núm. 4 del artículo 260 LSA, y que crearía por otra parte, una irresponsabilidad de los administradores de las compañías insolventes no querida en los referidos artículos, que constituyen precisamente para estos supuestos, una salvaguardia para los acreedores excesivamente confiados y ajenos generalmente a la maniobra de los administradores. (STS de 14 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados recurren la sentencia de la Audiencia que revocando la de primera instancia da lugar a la demanda, y condena solidariamente a los demandados, en su calidad de miembros del Consejo de Administración de la entidad *E.I.S.* al pago solidario de la cantidad reclamada por el banco actor. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*O. M. B.*)

**95. Interrupción del plazo de prescripción de las acciones judiciales.**—El artículo 1973 CC establece que el plazo de prescripción de las acciones se interrumpe básicamente por tres motivos: su ejercicio ante los Tribunales, la reclamación extrajudicial del acreedor, y cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. En conclusión, la demanda no es el único instrumento procesal que interrumpe el plazo prescriptivo. Así, el artículo 944 CCO se refiere a la demanda o a cualquier otro acto de interposición judicial hecho al deudor.

**Responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima y acciones de defensa.**—El artículo 133 LSA contiene la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por actuaciones contrarias a la Ley y a los Estatutos, y por las debidas a su falta de diligencia en el desempeño de su cargo. Para exigir dicha responsabilidad, los artículos 134 y 135 LSA otorgan la acción social y la acción individual, respectivamente (STS de 21 de septiembre de 1999). La acción individual se ejercita cuando se pretende un resarcimiento o una indemnización por una conducta incorrecta o negligente del administrador, que haya causado al socio o a un tercero, un perjuicio en su patrimonio personal. Su ejercicio exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: un actuar negligente del administrador, que eso haya quedado suficientemente determinado y haya operado decididamente causando los daños que padecen los demandantes; esos daños han de ser efectivos, constatados y probados, concurriendo en todo caso el nexo causal eficiente (STS de 28 de junio de 2000).

La responsabilidad de los administradores por actos o por la adopción de acuerdos lesivos es solidaria (art. 133.2 LSA). Sin embargo, quedan eximidos de responsabilidad los siguientes: los que logren probar que no han intervenido en su adopción o ejecución; los que desconocían su existencia; los que conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o se opusieron expresamente a dicho acuerdo. (STS de 28 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. P. M. y don A. L. A. interponen demanda contra dos de los administradores de la entidad *Promociones Inmobiliarias del Pirineo, S. A.* (don J. L. R. S. y don J. T. M.). En esa demanda se solicita, entre otras cosas, las siguientes: que los administradores de dicha entidad son responsables solidarios del pago de una cantidad adeudada; se les condene a pagar solidariamente dicha cantidad más los intereses legales; se condene a la sociedad y a esos administradores al pago de una cantidad para el levantamiento de una carga hipotecaria que grava la vivienda de los demandantes; se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito entre la parte actora y la sociedad, puesto que la CAI se ha adjudicado el inmueble; el pago de los daños y perjuicios. Ambos administradores contestan a la demanda oponiéndose, mientras que la entidad fue declarada rebelde. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia, en la que declara resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los demandantes y la sociedad demandada y se condena a la sociedad y a don J. L. R. S. al pago solidario de las cantidades debidas.

Los demandantes y don J. L. R. S. promueven recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca. Estima los recursos de los demandantes, desestima el interpuesto por don J. L. R. S., y revoca parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de que condena también solidariamente a don J. T. M. al pago de las cantidades reconocidas en dicha sentencia. El resto de pronunciamientos se mantienen idénticos.

Don J. T. M. interpone recurso de casación ante el TS, alegando infracción de los artículos 1968.2.º y 1902 CC, y 135 LSA, entre otros. En relación a ese primer artículo alegado, señala el recurrente que el plazo de prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios ha transcurrido, pues toma en consideración la fecha de interposición de la demanda y no la fecha en que los demandantes conocen la descalificación de la vivienda. El TS finalmente declara no haber lugar al recurso. (S. L. M.)

**96. Sociedad de responsabilidad limitada. Impugnación de acuerdos sociales. Acuerdo lesivo para el interés social: potencialidad del daño.**—Ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios y con proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios y sin necesidad de que el daño o lesión efectivamente se produzcan, para poder deducir la pretensión impugnatoria, pues basta y es suficiente que exista peligro potencial del daño, sin tener que esperar el demandante a que la lesión ocurra para poder ejercitar la acción.

**Sociedad de responsabilidad limitada. Impugnación de acuerdos sociales. Acuerdo lesivo para el interés social: beneficio a favor de uno o varios socios.**—El requisito del beneficio a favor de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier otra ventaja de carácter político-social o profesional, resultando decisivo que el beneficiario sea un socio de la compañía y concorra relación de causalidad entre la lesión del interés social producido por el acuerdo y el beneficio experimentado por el socio.

**Sociedad de responsabilidad limitada. Acuerdo de separación de administradores: mayorías necesarias.**—El artículo 13 LSA de 1953 disponía que los administradores podían ser separados de sus cargos en cualquier momento por acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, no tratándose aquí de administradores nombrados en la escritura fundacional, en cuyo caso la norma aplicable es el artículo 17. Al decir que «podrán» estamos ante un precepto no imperativo que no anula y deja sin efecto lo previsto en los Estatutos de la sociedad. El artículo 17 de los que rigen la compañía recurrente establece que la separación de los administradores en todo caso habrá de ser acordada con los requisitos establecidos en el artículo 17 de la Ley, que impone que el acuerdo debe ser votado por un número de socios que representen, al menos, la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social y aquí sucede que el acuerdo declarado nulo sólo fue adoptado por los socios que ostentaban el porcentaje del 64,96 por 100. (ST<sup>S</sup> de 18 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Prisma, Promoción de Industrias y Servicios Medioambientales, S. L.*, contra *Lunagua, S. L.*, solicitando se declaren anulables los acuerdos adoptados en la Junta General de la Sociedad demandada, relativos a la aprobación de cuentas, gestión del Consejo e informe de gestión, y aplicación de resultados, y nulo de pleno derecho el acuerdo relativo al cese de los Consejeros. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santander estimó parcialmente la demanda, declarando anulables los acuerdos adoptados en la Junta General relativos a la aprobación de cuentas, gestión del consejo e informe de gestión, así como la nulidad del acuerdo relativo al cese de los Consejeros. Recurrida en apelación, la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria confirmó la resolución de instancia. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

## DERECHO PROCESAL

**97. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la contencioso-administrativa.**—Tiene declarado esta Sala —así, en S de 16 de marzo de 2000— que, a partir de la vigencia de la Ley 30/1992 y del Reglamento que la desarrolla, la atribución competencial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo opera en todos los casos de exigencia de respon-

sabilidad patrimonial a los entes públicos «con independencia de la naturaleza de la obligación de la que nazca esa responsabilidad, ya sea debida a una actuación pública o privada», lo que es aplicable al presente caso en que se demanda al Ayuntamiento de Mérida con base en la responsabilidad derivada del derrumbamiento por desplome de una casa «como consecuencia de la rotura de la canalización municipal del agua sanitaria», hecho acaecido el día 23 de octubre de 1993 y habiéndose presentado la demanda el 12 de abril de 1995, de todo lo cual se sigue el acogimiento del motivo a lo que no obsta que la Audiencia, en auto de 9 de abril de 1996, resolviendo apelación interpuesta contra el dictado por el Juzgado de Primera Instancia en 2 de noviembre de 1995, declarase la competencia de éste para el conocimiento del asunto, ni que este auto fuera recurrido en casación y esta Sala declarase inadmisibles el recurso y firme lo resuelto por la Audiencia, pues, habiendo continuado el proceso ante dicho Juzgado y apelada la sentencia, se ha interpuesto el presente recurso de casación impugnando la definitiva dictada por la Audiencia y ha de resolverse lo pertinente.

La procedente estimación del motivo hace innecesario el examen de los siguientes. (STS de 18 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial que le condenaba a indemnizar a una señora por el derrumbamiento de su vivienda, ocasionado por el desplome de una canalización municipal de agua sanitaria. La estimación se basa en la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (L. F. R. S.)

**98. Incompetencia de la jurisdicción civil a favor del orden contencioso-administrativo. Acción ejercitada por la propia Administración Pública contra arquitecto, aparejador y contratista de una obra pública, resultante de contrato administrativo de obra.**—Parece evidente la falta de jurisdicción de los Tribunales civiles para decidir sobre la interpretación y ejecución del contrato litigioso, pues se trata de una obra pública dentro del concepto y amplia acepción que comprende toda la actividad de la Administración desarrollada para satisfacer el interés general atendiendo a la esfera de su competencia. Nos encontramos, pues, ante un contrato administrativo que tiene como objeto la redacción de un proyecto y dirección de la ejecución de una obra pública, cuyo cumplimiento y efectos exceden de la competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria civil. Todo ello al margen de la indudable *vis atractiva* de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de contratación.

**La condición de actora de la Administración Pública no implica que deba conocer los órganos del orden civil, aun cuando los demandados sean particulares.**—Que aunque se admita que no es habitual que en los contratos administrativos, sea la Administración, como ocurre en autos, quien actúe como parte actora frente a los particulares demandados e intervinientes en aquel contrato, ello no empece a que exista impedimento alguno para que,

cuando así ocurre, se mantenga, asimismo, la competencia del orden administrativo.

**Competencia residual del orden civil. No es aplicable cuando existe una expresa y preferente atribución por la Ley al orden administrativo.**—No es atendible la reiterada afirmación de la competencia residual del Orden civil a través de la insistente mención del artículo 9.2 LOPJ, que es inaplicable cuando existe una atribución expresa al orden administrativo, y deviene preferente su núm. 4.

**Síntesis jurisprudencial sobre el entrecruce competencial del orden civil versus contencioso-administrativo.**—En cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración en general, el régimen vigente a partir de la LRJAP-PAC de 1992 (arts. 139 a 144, según resultan de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992), así como de la LJC-A de 1998 [art. 2.a)] y LOPJ (art. 9.4, según redacción dada por la Ley 29/1998), determina que toda reclamación indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación, pública o privada en que se ocasione, deberá ser sustanciada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en el caso de que a la producción del daño hayan concurrido sujetos pasivos, quienes deberán también ser demandados ante este orden jurisdiccional. Igualmente, en los supuestos de responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992 (DA 12.ª), establece la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de esta clase de reclamaciones. Por el contrario, será competente el orden civil, según una constante jurisprudencia—SSTS de 7 de abril de 1989, de 23 de noviembre de 1990, de 15 de marzo de 1993 y de 26 de mayo de 1997, entre muchas—, para el conocimiento de cuestiones relativas a responsabilidad extracontractual, en materia de responsabilidad culposa, originada por actuaciones médicas, en litigios anteriores a la Ley 30/1992, o cuando se demanda a un centro médico particular. Asimismo, resulta competente el orden civil cuando, junto con la Administración, es demandada la compañía aseguradora, la cual no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, sino como contratante de una póliza de seguro, y contra la cual se actúa en el ejercicio de la acción directa contemplada en el artículo 76 L.C.S. (cfr. STS de 21 de diciembre de 2002). (STS de 20 de febrero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Ayuntamiento de Zaragoza ejercitó demanda civil de responsabilidad dimanante del contrato de obra contra el arquitecto director de la misma, el aparejador y la empresa constructora encargadas de la ejecución del contrato administrativo de obra consistente en la remodelación de una plaza y adecuación de otros espacios para la Corporación, solicitando ante el órgano civil la condena solidaria de aquéllos por el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones, por la subsanación de los defectos y vicios pendientes, así como por los errores y sobrecostes de las partidas de obra ejecutadas. El Juzgado de Primera Instancia dictó auto disponiendo el sobreseimiento y decretando el archivo de los autos, por entender que la jurisdicción civil no era la competente para conocer del asunto. La Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento y confirmó la resolución de instancia. (L. A. G. D.)

**99. Falta de motivación de la sentencia. Devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que dicte una nueva.**—Procede, con la acogida del motivo, subrayar esa falta de motivación de la sentencia recurrida sobre lo que se decía entre otras en la S de esta Sala de 10 de julio de 2002 según la cual «... El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC de 28 de enero de 1991), afirmando la S de 5 de abril de 1990 de ese Tribunal que «basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional...» (SS de 3 de noviembre de 1997, 3 de febrero, 30 de mayo y 28 de febrero de 2002, y 3 de mayo de 2002; por lo que, se declara, por consiguiente, la nulidad de esa sentencia, con devolución de las actuaciones al Tribunal de Instancia para que, con libertad de criterio se dicte otra nueva, en la que, emita su pertinente *ratio decidendi* sobre esos pronunciamientos emitidos. (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.<sup>a</sup> de 29 de enero de 1997, estimó el recurso de apelación interpuesto por doña M.<sup>a</sup> C. S. G., frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que revocó, desestimando, asimismo, la segunda demanda interpuesta por acumulación de autos. El litigio se centra en que la hija demanda a su madre y dos hermanos para que se divida la comunidad de dos fincas originarias, sobre las que ostenta una sexta parte al igual que sus hermanos, mientras la madre es titular de la mitad, según su proceso adquisitivo. Decisión que es objeto de recurso de casación por la actora y la comunidad de propietarios del edificio *Boticaria del Sur*. (A. G. B.)

**100. La tutela judicial efectiva y la incomparecencia del Letrado.** El TS se limita a hacer un recorrido, a modo de recordatorio, por las sentencias del TC relativas a este tema. Una de ellas es la STC 130/1986, de 29 de octubre, donde se señala que el artículo 323.6.º LEC atribuye al Tribunal la apreciación de la enfermedad del abogado como motivo justificado para la suspensión de la vista oral. Dicha apreciación tiene que hacerse a la luz del artículo 24 CE y, por tanto, en el sentido más favorable para garantizar el derecho de la tutela judicial efectiva. Si se logra acreditar la enfermedad del abogado tal como ordena el precepto y no se suspende la vista, eso supone una interpretación restrictiva del derecho fundamental que provoca una situación de indefensión al impedir formular alegaciones. No cabe rechazar el certificado médico que acredita la enfermedad del letrado defensor simplemente por haber sido presentado en papel común. Cuando alguna de las par-

tes solicita razonadamente la suspensión de la vista o del juicio, el órgano judicial no puede ignorar esa petición, sino que debe resolver motivadamente acerca de la misma para así no lesionar sus derechos de defensa.

Otra STC es la 195/1988, de 20 de octubre. El artículo 323.6.º LEC establece que la petición de suspensión debe solicitarse con una antelación de cuarenta y ocho horas. El TC entiende que caben dos interpretaciones de esto: considerar que la enfermedad se produce ese mismo día o bien considerar que eso no prejuzga el momento en el que la enfermedad se produce y se debe advertir con anterioridad a los efectos de la suspensión. Dice el TC que aunque el órgano judicial siga esta segunda opción, se debe dar a la parte demandante la oportunidad de subsanar dicho defecto o aclarar el momento en que se produce la enfermedad, sin denegar la suspensión directamente.

La STC 196/1994 sigue la línea anterior y viene a decir que las normas procesales sobre justas causas de incomparecencia deben ser interpretadas en el sentido que favorezca el ejercicio de la acción y la continuidad del proceso. No obstante, dicha interpretación no puede dar lugar a actitudes carentes de la diligencia debida por parte del interesado, pues pueden lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de la otra parte, entre otros derechos.

En una última sentencia que se cita, la 115/2002, el TC plantea que la falta de presencia del abogado en el juicio o en la vista, tiene que generar al recurrente una efectiva indefensión; no basta con que se le haya privado de formular alegaciones en la vista, sino que es necesario que ello haya supuesto, por un lado, un real y efectivo menoscabo, restricción o limitación de sus posibilidades de defensa, y por otro, un perjuicio también real y efectivo de sus derechos e intereses legítimos. (STS de 27 de noviembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—La *Sociedad de Condueños de la Montaña de Tor*, junto a otros demandantes, interpone demanda contra una serie de demandados, en la que se solicita la declaración de unos derechos, la nulidad de la escritura pública de compraventa por nulidad del contrato base de la misma, subsiguiente nulidad y cancelación de inscripciones del Registro de la Propiedad, nulidad de varios tractos sucesorios indebidamente registrados y declaración de inexistencia de derechos. Dos de los demandados (don F. S. S. y doña A. R. B.) promueven demanda contra dicha sociedad y los demandantes anteriores. El Juzgado de Primera Instancia acumula las pretensiones y dicta sentencia, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la *Sociedad de Condueños de la Montaña de Tor* y demás demandantes, y declarando que los demandados no eran condueños de la Montaña de Tor por diferentes motivos cada uno de ellos.

Contra dicha sentencia se interponen recursos de apelación que fueron admitidos por la Audiencia Provincial de Lleida. Se dicta sentencia confirmando algunos pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

Ante el TS se interponen varios recursos de casación individualmente por los interesados. El TS admite el interpuesto por don J. R. S., al que luego se adhiere don V. N. M. Entre los motivos señalados, se alega la vulneración del artículo 323.6.º LEC, por no suspenderse la vista por enfermedad del Letrado de una de las partes, habiéndose solicitado la suspensión.

**NOTA.**—La sentencia se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. (S. L. M.)

**101. Presunción de inocencia en el ámbito civil; privación de un premio en concurso hípico. La casación no es una tercera instancia en la que convencer al Tribunal de una interpretación de los hechos interesada y de parte. El principio de presunción de inocencia ha de informar la penalística y nunca el Derecho privado.**—En un único motivo del presente recurso, la demandante denuncia al amparo del núm. 1 del artículo 1692 LEC, la infracción del artículo 24.2 CE, por infracción del principio de defensa y de presunción de inocencia, así como del principio *indubio pro reo* de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ; y se agrega que esta Sala ya se ha pronunciado en S como la de 12 de noviembre de 1993, en la que indica que la aplicación de la presunción de inocencia en el ámbito civil lo será respecto de actuaciones desfavorables o de carácter sancionador y se referirá a que nadie puede ser condenado sin pruebas, pues, los efectos de dicho artículo no se restringen tan sólo al ámbito penal o sancionador-administrativo, si bien es cierto que en estos es donde despliega su máxima eficacia, pero ello no es óbice para que pueda serlo en este Orden jurisdiccional, donde también existe potestad sancionadora, como es el presente caso. Lo mismo cabe decir, por supuesto, de otros principios constitucionales, como el de defensa o el propio *pro reo* que también despliegan eficacia en esta Jurisdicción. En el presente caso, como veremos la actuación de los Comisarios de la *Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España* ha supuesto la vulneración del derecho de defensa, actuando de tal forma que sus actos quedan viciados de nulidad y por lo tanto carentes de pruebas a los efectos que hemos indicado, como se acreditará.

Esto es, se reitera la denuncia que aquella condena supuso desconocer el dogma de la presunción de inocencia, y para ello, se dedica el motivo en una prolija enumeración de hechos y circunstancias para resaltar lo que entiende es el *modus operandi* o «el desglose histórico del asunto», que se integra, consecuentemente, con una versión de los hechos contraria a la transcrita de la recurrida. Afirmar que la casación no es una instancia más y que por tanto no es posible, según su disciplina, reintroducir la convicción judicial en un pormenor fáctico de todo lo sucedido con motivo del evento enjuiciado según la versión acomodaticia de los hechos que relata la parte afectada o recurrente, implica no sólo desconocer aquella disciplina, sino hasta suplantar la soberanía enjuiciadora de la instancia, al socaire de unos alegatos interesados de la parte que, en caso alguno, pueden sobreponerse sobre los *facta* transcritos, al carecer de aceptación casacional y, sin que se comparta que la sanción impuesta de privación del premio en el Concurso Hípico, represente ni margine tan siquiera, un efecto punitivo para la recurrente ni, por supuesto, que ello, en su caso supuso el desconocimiento del principio de presunción de inocencia que, en rigor, ha de informar la penalística y nunca el Derecho privado. Se desestima, pues, el recurso con los efectos legales derivados. (STS de 10 de febrero de 2003; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El caballo ganador de un premio hípico da positivo de dopaje en el correspondiente análisis de orina. Su dueña y entrenador solicitan un contraanálisis que pone de relieve que las muestras duplicadas de orina que se guardaron a efectos de realizar la contraprueba han sido manipuladas. Tras realizarse un tercer análisis, se confirma el positivo de dopaje. En consecuencia, la organización de la carrera priva del premio al caballo. Su dueña interpone una acción de nulidad de la sanción ante el Juzgado de Primera

Instancia que le da la razón en una sentencia que es luego revocada por la Audiencia Provincial. Ante la decisión de ésta interpone la propietaria del équido recurso de casación, basándose en una pretendida vulneración de la presunción de inocencia. (*M. C. B.*)

**102. Error judicial. Concepto.**—El error judicial no implica el análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución. De hecho, el TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTS de 18 de abril de 1992, 3 de marzo de 1993, 14 de febrero de 1995, 27 de noviembre de 1996, 11 de enero de 1997 y 15 de septiembre de 2000) que cuando se mantenga discrepancias con la apreciación de la prueba llevada a cabo por el órgano jurisdiccional competente, en uso de sus facultades juzgadoras, el error judicial no ha de ser acogido por resultar improcedente. Como reconoce la STS de 22 de mayo de 2001, lo que trata de corregir la declaración de error judicial no es el desacierto, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda y que rompa la armonía del orden jurídico. En definitiva, el procedimiento de error judicial no puede convertirse en una nueva instancia. (**STS de 8 de febrero de 2003**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 27 de junio de 1997 un Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que, admitiendo la demanda de divorcio presentada por don J. M. C. O contra doña M. A. D. C., decreta la disolución del matrimonio y ratifica el convenio suscrito por ambos, que había sido aprobado por la sentencia de separación. La esposa apela la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado en relación con la denegación de la pensión compensatoria solicitada. Entre otros motivos, alega la errónea valoración de la prueba acerca de la existencia de vicios en el consentimiento (violencia e intimidación) en la renuncia a la pensión que efectuó en el convenio regulador. La Audiencia Provincial rechaza el recurso de apelación y no accede a la petición de la esposa de que le fuera reconocida pensión compensatoria. Por ello, doña M. A. D. C. interpone demanda para que se declare la existencia de error judicial en la apreciación de la prueba por parte de la sentencia de la Audiencia Provincial. El TS desestima la demanda de error judicial. (*M. C. C. M.*)